Vol. IV Sep. 2017



LAW REVIEW

USFQ

USFQ
Law Review



LAW REVIEW



El Comité Editorial de la revista USFQ Law Review está integrado por estudiantes del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, debidamente registrados en la modalidad de pregrado.

Los Editores en Jefe y Asociados están a cargo de la edición de manuscritos, de la publicación de la revista, de la invitación y selección de articulistas y de la selección y renovación del equipo editorial. Los Editores en Jefe, además de ello, revisan en última instancia el contenido que se publicará en la revista y son responsables de la dirección del Comité Editorial. Por su parte, los Editores Junior, en su calidad de miembros entrantes al Comité Editorial, cumplen las funciones asignadas por los otros Editores, con el propósito de ser capacitados para ocupar posteriormente la función de Editores Asociados.

El Comité Editorial agradece al Profesor Pier Pigozzi, *faculty advisor* de USFQ Law Review, por su guía, permanente disponibilidad y apoyo a la revista.

INTRODUCCIÓN

USFQ Law Review es la única revista jurídica del Ecuador en ser íntegramente editada y producida por alumnos de pregrado de Jurisprudencia. Esta revista es académica, cuenta con una revisión que se lleva a cabo por pares *(peer-reviewed)*, es de acceso abierto *(open access)* y es publicada por el Colegio de Jurisprudencia y la Editorial USFQ Universidad San Francisco de Quito. El objetivo central de USFQ Law Review es presentar artículos de investigación jurídica en los que se analicen, de forma crítica y fundamentada, diversos temas legales de relevancia y actualidad. Su objetivo es generar conocimiento y constituir a la revista en una fuente de consulta y discusión que aporte jurídicamente a la comunidad.

SISTEMA DE REVISIÓN DE ARTÍCULOS

Cada texto recibido por el Comité Editorial de USFQ Law Review seguirá un proceso de revisión compuesto por las siguientes etapas:

1. Se realizará una convocatoria a través del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y otros medios que el Comité Editorial considere adecuados.

2. Para poner un texto en consideración del Comité Editorial de USFQ Law Review, este deberá ser cargado al sistema OJS (*Open Journal System*), conforme su procedimiento.

3. Los textos serán recibidos en el plazo previsto en la convocatoria y evaluados por los miembros del Comité Editorial, según los siguientes criterios de selección: (i) extensión de mínimo 5.000 palabras y máximo 35 páginas de contenido; (ii) estructura y formato de citación detallados en la Guía de Autor de USFQ Law Review; (iii) relevancia e innovación del tema jurídico abordado; (iv) contenido crítico; y, (v) suficiencia de investigación y manejo adecuado de fuentes.

4. El Comité Editorial realizará una selección de los artículos recibidos admitiéndolos o inadmitiéndolos.

5. Los textos admitidos continuarán el proceso de edición. Cada artículo tendrá un editor principal designado por el Comité Editorial, quien realizará las correcciones de forma y fondo pertinentes.

6. Los articulistas tendrán un periodo de corrección fijado por el Comité Editorial para realizar las primeras correcciones y enviar un segundo borrador.

7. Dicho procedimiento se repetirá hasta que el Comité Editorial lo considere listo para su publicación.

8. Una vez que el editor principal del artículo considere que el artículo es publicable, otro miembro del Comité Editorial hará una lectura final del artículo para su aprobación.

9. Antes de la revisión de los Editores en Jefe, el artículo pasará por un proceso de corrección por parte del Departamento de Composición de la Universidad San Francisco de Quito.

10. Finalmente, los textos serán revisados por última vez y de forma definitiva por los Editores en Jefe para proseguir el proceso de diagramación y publicación de la revista.

PARA MÁS INFORMACIÓN

- La revista está disponible en el siguiente enlace: *http://lawreview.usfq.edu.ec*

- La Guía de Autores está disponible en el siguiente enlace: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Paginas/guiaparaautores.aspx

- El correo electrónico de la revista es el siguiente: ***lawreview@usfq.edu.ec***

Presentación

Es un gusto para USFQ Law Review poner a su disposición el IV volumen de nuestra revista, correspondiente al año 2017. Esta publicación es una muestra más del compromiso que USFQ Law Review mantiene con la investigación académica.

Desde su constitución, uno de los principales objetivos de la revista ha sido ofrecer a estudiantes y profesionales del Derecho un espacio para exponer sus ideas y aportar a la discusión jurídica. Como Editoras en Jefe del IV Volumen de USFQ Law Review es un placer compartir con nuestros lectores la grata noticia de haber sido indexados en el sistema de búsqueda internacional *Latindex*. Este logro permite un mayor reconocimiento de la revista a nivel internacional y a su vez expande la difusión de los artículos de USFQ Law Review.

Nuestras publicaciones se han caracterizado por el alto contenido académico e investigativo de sus artículos y este número no es la excepción. En este volumen el lector podrá encontrar doce artículos, tanto de autores nacionales como internacionales. La diversidad de los temas abordados proporciona al lector una gama de problemas jurídicos sobre los cuales puede incursionar.

En materia de derechos humanos, el IV Volumen de nuestra revista presenta dos interesantes artículos relacionados específicamente con la nueva Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles ecuatoriana. Johana Egas, Carlos Paredes y Sebastián Abad, a través de sus artículos, reflexionan sobre las consecuencias que esta Ley trajo al Ecuador a partir de su entrada en vigencia en enero del 2017.

En materia civil, Juan Sebastián Baquero busca demostrar si es que la autonomía privada permite la configuración de derechos reales atípicos. La articulista María Susana Bastidas realiza una aproximación a la responsabilidad civil de hospitales y clínicas privadas respecto de las actuaciones de los profesionales médicos que laboran en ellos. En otro aspecto, María Beatriz Ibarra comprueba que existe una concepción particular de lo que significa la adhesión en los contratos de seguro. Por último, Mateo Wray realiza un análisis sobre la posibilidad de demandar en forma autónoma la acción de perjuicios en el sistema contractual ecuatoriano.

En materia de Derecho Internacional de las Inversiones, David Molina y Nicole Espinosa cuestionan la posibilidad de que exista una contradicción entre el principio de proporcionalidad y el de legalidad, a la luz de la sentencia emitida en el caso Occidental por el Tribunal CIADI.

En materia de *compliance*, Bernarda Muriel ofrece al lector un importante análisis de esta figura en el Ecuador. Por otro lado, Isabela Moreno expone su texto dentro del marco del Derecho de la Competencia, en el cual analiza los precios promocionales de las aerolíneas para determinar si es que estos se configuran en precios predatorios. Además, en el ámbito del Derecho de Propiedad Intelectual, Juan Marcos Núñez trae a colación la necesidad de reflexionar acerca de cómo proteger el olor de los perfumes en la Comunidad Andina.

Por último, es un agrado para USFQ Law Review publicar el interesante artículo escrito por Sandrine Le Teno, estudiante de la Universidad Católica de Lille, en el cual se reflexiona acerca de las implicaciones de la declaratoria de estado de emergencia en Francia, a partir de los

atentados terroristas suscitados en en el año 2015. Asimismo, nos complace presentar al lector el texto escrito por René Zambrano, quien reflexiona sobre la falta de aplicación del principio de doble conforme en la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana.

Queremos agradecer a nuestros articulistas por su valiosa contribución académica. Sin ellos, la presentación de este volumen no sería posible. Extendemos un agradecimiento a nuestros auspiciantes, quienes a través de su contribución permiten el crecimiento de proyectos académicos como este y fomentan el desarrollo de la investigación jurídica en el país. Además, reconocemos la importante labor del Colegio de Jurisprudencia al incentivar espacios de discusión jurídica, fortaleciendo la independencia estudiantil.

Finalmente, invitamos a todos nuestros lectores a ser parte del siguiente volumen de USFQ Law Review, esperando que este volumen sea de su agrado.

Quito, septiembre 2017

María Bernarda Carpio Frixone
Editora en Jefe

Isabel Yepes Zambrano
Editora en Jefe

Índice IV Volumen
USFQ Law Review

La vulneración del interés superior del niño en casos de adopciones internacionales a la luz de la nueva Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles

Sebastián Abad Jara,
estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito (USFQ),
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: sebastian.abadj@gmail.com

Carlos Paredes,
estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito (USFQ),
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: carlos.paredesmendi@gmail.com

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen
La nueva Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, vigente desde el año 2016, regula el marco de registro de identidad y datos de todos los ecuatorianos y extranjeros residentes en el país, en los que se encuentran las relaciones jurídicas de ellos. El artículo 46 de esta Ley trata específicamente sobre las adopciones y su proceso de inscripción en el Ecuador; con respecto a ello, este prescribe, en su parte pertinente, que "[e]n cualquier caso, la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo"1. En el presente artículo se pretende demostrar la vulneración del interés superior del niño por la restricción a parejas del mismo sexo, tanto ecuatorianas como extranjeras, de adoptar y registrar sus adopciones en el Ecuador. Además, se esgrimen los argumentos binarios y heteronormativos de los cuales las autoridades se valen para justificar dicha restricción. De igual manera, se busca conectar este concepto con dos derechos fundamentales de los niños: a la identidad y a la familia.

Palabras clave
Interés superior del niño; Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles; adopción; derecho a la identidad; protección a la familia; heteronormatividad; igualdad y no discriminación; igualdad de género; identidad.

1 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Artículo 46. Registro Oficial No. 684 del 4 de febrero de 2016.

The violation of the best interest of the child in cases of international adoptions in the light of the new Organic Law on Identity and Civil Data Management

Abstract
The recently approved Organic Law of Identity and Civil Data Management, in force since 2016, regulates the framework of registration of indentity and data of every ecuadorian and foreigners which reside in Ecuador. With respect to this, it prescribes in its pertinent part that "in any case, the adoption shall only be for couples of different sex".
This article intends to demonstrate the violation of the best interest of the child by the restriction to same-sex couples to adopt or to register international adoptions in Ecuador, and wields the binary and heteronormative arguments used by competent authorities to justify this restriction. In the same way, it seeks to connect this important concept with respect to two fundamental rights of children; their right to identity and their right to family.

Keywords
Superior Interest of the Child; Organic Law of Identity and Civil Data Management; Adoption; Right to Identity; Right to Family; Heteronormativity; Equality and Non-Discrimination; Gender Equality; Identity.

1.Introducción

El jueves 4 de febrero de 2016, se publicó en el Registro Oficial la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles[2], catalogada por varios sectores como un "avance" en la protección de los derechos de las minorías, puesto que "garantiza los derechos de las mujeres, los grupos LGBTIQ, los ecuatorianos residentes en el Ecuador y los extranjeros que viven en el Ecuador"[3]. Este cuerpo normativo regula temas como inscripción y registro de matrimonios, uniones de hecho, defunciones, adopciones, entre otros.
Sin embargo, la Ley en análisis presenta un aspecto de gran preocupación, pues la adopción se sigue restringiendo solamente a parejas heterosexuales[4]. Impedimento en cuestión que en varios países se ha eliminado, como en Bélgica, Dinamarca, España, ciertas partes de Estados Unidos, Argentina[5], entre otros, buscando que en dichas legislaciones el hecho de acceder a la adopción y formar una familia sea un derecho universal.
A pesar de lo anterior, en Ecuador, sin perjuicio del progreso obtenido en materia de derechos LGBTIQ[6] en los últimos años, la restricción se mantiene bajo argumentos alejados de la reali-

2 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Registro Oficial No. 684 del 4 de febrero de 2016.
3 Andes. *Asamblea del Ecuador aprueba Proyecto de Ley que garantiza la identidad de género*. 10 de diciembre de 2015. //www.andes.info.ec/es/noticias/asamblea-ecuador-aprueba-proyecto-ley-garantiza-identidad-genero.html (acceso: 09/05/2017).
4 En la ley derogada por el cuerpo normativo analizado, la Ley Orgánica de Registro Civil, Identificación y Cedulación, no existía referencia expresa a la heterosexualidad de la pareja adoptante; sin embargo, en sus disposiciones constaba claramente la distinción, siendo "mujer y marido" los que harían la marginación en las partidas de nacimiento del adoptado.
5 *Cfr*. Carroll, Aengus, e Itaborahy, Lucas Paoli. *Homofobia de Estado: Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, protección y reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo,* Décima Edición. International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2015, p. 47.
6 Las siglas corresponden a la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersex y *queer*.

dad y de los avances científicos de la actualidad. Asimismo, existe la intención de perpetuar una visión heterosexista y binaria de la sociedad.

En el presente trabajo, se pretende focalizar el proceso para registrar o realizar adopciones nacionales e internacionales, de modo que se pueda analizar cómo el requisito de heterosexualidad para la adopción se configura como una limitación discriminatoria contra las parejas LGBTIQ, al no cumplir los requisitos elementales dentro de un test de restricción de derechos.

Una vez examinado lo anterior, se procura demostrar que efectivamente existe una violación al interés superior de los niños y adolescentes, pues se los priva de derechos que les son inherentes, como el derecho a la identidad y el derecho a la familia, bajo argumentos históricos falaces y moralistas que no responden a la realidad.

Por consiguiente, se hará un análisis normativo de los derechos de los niños y niñas; así como de los deberes a los que el Estado está obligado a cumplir para respetar y prevenir violaciones de derechos humanos.

De tal modo, en este estudio se podrá realizar un test de restricción de derechos observando si la limitación impuesta a las parejas LGBTIQ para formar una familia, así como a los niños para gozar de una identidad e igualmente de una familia, son legítimas, necesarias y proporcionales a los fines que el Estado busca alcanzar.

2. Interés superior del niño

Para analizar cómo los derechos de los niños se ven afectados por la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (en adelante, LOGIDC), es necesario entender las implicaciones del interés superior del niño, mediante un análisis de la recepción normativa que ha tenido este principio/derecho, así como también de las obligaciones que surgen para los Estados al momento de tratar una situación que involucra niños, niñas o adolescentes.

El interés superior del niño se encuentra prescrito en el Principio II de la Declaración de los Derechos del Niño[7], en los artículos 5 y 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[8], y en el artículo 3 de la Convención Internacional

7 Declaración de los Derechos del Niño (1959). Principio II.
Principio II.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atendrá será el interés superior del niño.

8 Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). Artículos 5 y 16.
Artículo 5.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.
Artículo 16.- 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

sobre los Derechos del Niño, el cual prescribe en su parte pertinente que:

> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño** (énfasis añadido)[9].

Si bien es cierto que no se da una definición como tal sobre este principio, lo cual, en palabras de Miguel Cillero Bruñol, "[…] impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica"[10], en reiteradas normas de esta última Convención (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) se alude al interés como el rector de políticas públicas de un Estado. Para poder efectivamente cumplir con lo dispuesto previamente, se ha reconocido que es esencial que los niños, por ser vulnerables, deben tener medidas especiales de protección, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia[11].

Adicionalmente, la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño establece que "sobre [los] derecho[s] del niño [en su aplicación] su interés superior [debe ser] una consideración primordial"[12]. En el cuerpo normativo anteriormente citado, se recuerda que el concepto del interés superior del niño es asegurar el "[…] disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño"[13].

Además, resalta que todo instrumento —sea nacional o internacional— que incorpore el interés superior del niño debe considerar que los derechos —más aun los fundamentales— no son susceptibles de ser jerarquizados ya que "[…] todos los derechos previstos responden al interés superior […]"[14]. En consecuencia, ninguna norma podría ser interpretada de manera negativa y en perjuicio de este principio, tal como lo ha dicho el mismo Comité en la Observación General No. 13, "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención"[15].

En tal sentido, es importante además destacar las obligaciones que surgen para el Estado, detalladas en la Observación General No. 14 pero que tienen su origen en la Convención. Entre ellas se encuentra el deber de asegurar que el interés superior del niño se incluya y aplique en "[…] todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños"[16].

Además, en estas medidas debe estar contenido expresamente el interés superior, justificando "[…] cómo se ha examinado y evaluado […], y la importancia que se le ha atribuido en la

---

9 Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 3.1.

10 Cillero Bruñol, Miguel. "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". *Justicia y Derechos del Niño* UNICEF 1 (1999), p. 46. https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf (acceso:09/05/2017).

11 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *OC-17/2002*. Párrafo 61.

12 Comité de los Derechos del Niño. Observación General *CRC/C/GC/14, (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).*

13 *Id*., párrafo 4.

14 *Ibídem*.

15 Comité de los Derechos del Niño. Observación General *CRC/C/GC/13. (2011) sobre el Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*. Párrafo 61.

16 Comité de los Derechos del Niño. Observación General *CRC/C/GC/14. (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Párrafo 14, literal a).

decisión"[17]. Por último, la obligación de los Estados de que el interés superior haya sido tomado en cuenta en las decisiones (tanto del sector privado como del sector público) en las que existiría una potencial afectación a niños[18].

Por otro lado, a nivel constitucional y en atención al bloque de constitucionalidad[19] que rige en nuestro sistema normativo, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 44, se refiere a este principio al establecer que:

> El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales[20].

Igualmente, el Código de la Niñez y Adolescencia, en los artículos 11, 14 y 22, prescribe, en lo principal que:

> Art. 11.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (…)
>
> El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.
>
> Art. 14.- (…) Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.
>
> Art. 22.- (…) El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. (…)

Si bien el interés superior del niño no se encuentra definido como tal, este principio ha sido traducido a "una visión infantocéntrica o puerocéntrica"[21], lo que implica que todo niño debe ser protegido por sobre todo y con preferencia de cualquier persona o institución, prevaleciendo siempre la protección integral de sus derechos[22].

---

17 *Id.*, párrafo 14, literal b).

18 *Cfr*. *Id.*, párrafo 14, literal c).

19 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 426. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

20 *Id*., artículo 44.

21 López Contreras, Rony Eulalio. "Interés Superior de los niños y niñas: Definición y contenido". *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (2015), p. 56.

22 *Cfr*. Aguilar Cavallo, Gonzalo. "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Estudios Constitucionales*, vol. 6, No. 1. Centro de estudios constitucionales de Chile (2008), p. 244.

En conclusión, tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en la Opinión Consultiva No. 17, es posible sostener que el contenido básico de este principio es asegurar los derechos de los niños, de modo que se pueda promover el libre desarrollo de su personalidad[23].

3. Contenido normativo de la adopción

A nivel normativo interno, la adopción se encuentra definida en el artículo 314 del Código Civil, y se entiende como "una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado"[24]. Es decir, se crea una relación exactamente igual a la de un padre biológico con su hijo.

Sin embargo, el Código de la Niñez y Adolescencia profundiza este concepto en los artículos 151 y 152, al establecer:

> Art. 151.- Finalidad de la adopción. - La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados.
>
> Art. 152.- Adopción plena. - La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo[25].

Estos artículos dan un contexto al citado artículo 314 del Código Civil, estableciendo que la adopción como tal es una institución que vela por quien va a ser adoptado, y que tiene como objetivo el garantizar una familia e identidad al niño, formando las mismas relaciones entre este y el adoptante como las formadas por un hijo y su padre biológico.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, no se aporta una nueva definición de adopción, o constan los elementos de la misma; sin embargo, sí se establecen los requisitos para proceder con el registro de la adopción, lo cual será explicado a continuación.

3.1 Requisitos para la adopción

En el artículo 159 del Código de la Niñez y Adolescencia se establecen los requisitos necesarios que debe cumplir la pareja adoptante. Al respecto, el artículo prescribe:

> Art. 159.- Requisitos de los adoptantes. - Los candidatos a adoptantes deben cumplir los siguientes requisitos: 1. Estar domiciliados en el Ecuador o en uno de los estados con los cuales el Ecuador haya suscrito convenios de adopción; 2. Ser legalmente capaces; 3. Estar en pleno ejercicio de los derechos políticos; 4. Ser mayores de veinticinco años. 5. Tener una diferencia de edad no menor de catorce ni mayor de cuarenta y cinco años con el adoptado. La diferencia mínima se reducirá a diez años cuando se trate de adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, en los casos de unión de hecho que cumpla con los requisitos legales. Estas limitaciones de edad no se aplicarán a los casos de adopciones entre parientes. Tratándose de parejas, los límites de edad se aplicarán al cónyuge, o conviviente más joven; **6. En los casos**

---

23 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *OC-17/2002*. Párrafo 56.
24 Código Civil. Artículo 314. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.
25 Código de la Niñez y Adolescencia. Artículos 151 y 152. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

> **de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales**; 7. Gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales; 8. Disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; y, 9. No registrar antecedentes penales por delitos sancionados con penas de reclusión (énfasis añadido)[26].

En relación con este artículo, la Constitución de la República, que entró en vigencia con posterioridad a esta Ley, en su artículo 68 impone con rango constitucional el requisito de heterosexualidad de los adoptantes, al prescribir que "la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo"[27].

Como consecuencia de lo dispuesto en ambos cuerpos normativos, en la nueva Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles se regula no solo la adopción *per se,* sino el registro de dichas adopciones:

> Art. 46.- Inscripción y registro de adopciones nacionales e internacionales. Para que proceda la inscripción y registro de una adopción será necesaria la sentencia del juez competente, quien para el efecto, deberá observar los preceptos constitucionales y legales. La inscripción y registro de la adopción generará una nueva inscripción de nacimiento, en la que no se mencionará tal circunstancia, con la cancelación previa de la inscripción original, mediante un registro que dé cuenta de la adopción y mantenga el número único de identificación (NUI) inicial asignado en el certificado estadístico de nacido vivo. La inscripción y registro de las adopciones se efectuarán ante la misma autoridad de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación que es competente para las inscripciones de nacimientos en general. Cualquier acto o disposición normativa contraria a la presente disposición será nula. Para la inscripción y registro de una adopción realizada en el exterior por personas ecuatorianas o residentes permanentes en el Ecuador, se requerirá la sentencia homologada de la adopción o la resolución del acto administrativo cuando corresponda conforme a las leyes del país en el que se realizó la adopción siempre que no contravenga a lo dispuesto en la legislación ecuatoriana. **En cualquier caso, la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo** (énfasis añadido).

En el artículo 46, se repite el requerimiento impuesto por el Código de la Niñez y Adolescencia y en la Constitución de la República del Ecuador, que imposibilita las adopciones tratándose de parejas del mismo sexo. Se genera así un problema legal para los adoptantes, puesto que se les priva de un derecho ya reconocido por otras legislaciones a parejas LGBTIQ (*supra,* página 1*).* Además, se deja sin una respuesta clara a los niños, pues no gozan de una identidad, al no permitirles llevar el apellido de sus dos padres o madres, ni son parte —legalmente— de una familia ya que la adopción que fue realizada en el extranjero no puede ser homologada en el Ecuador.

4. La nueva Ley de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y las adopciones internacionales

Para evidenciar la vulneración al interés superior del niño con la Ley promulgada el 4 de febrero de 2016, se debe entender por qué esta norma perpetúa el requisito de heteroparentalidad, ya sea en las adopciones o en el registro de ellas.

A efectos de situar al lector en el caso específico de las adopciones internacionales, vale distinguirlas de las adopciones realizadas en el territorio ecuatoriano. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece un concepto de adopciones internacionales:

26 *Id*., artículo 159.
27 Constitución de la República del Ecuador. Ó*p. cit*., artículo 68.

> Art. 180.- Concepto.- Se considera adopción internacional aquella en la que los candidatos a adoptantes, cualquiera sea su nacionalidad, tienen su domicilio habitual en otro Estado con el que el Ecuador haya suscrito un convenio de adopción; así como aquella en la que el o los candidatos a adoptantes son extranjeros, domiciliados en el Ecuador por un tiempo inferior a tres años.
> En caso de no estar domiciliado en su país de origen, el solicitante deberá acreditar una residencia mínima de tres años en otro país con el que el Ecuador haya suscrito un convenio de adopción[28].

Es decir, la adopción internacional, en el ordenamiento ecuatoriano, es aquella en la que los candidatos a adoptantes tienen una nacionalidad distinta a la ecuatoriana; o, teniendo incluso nacionalidad ecuatoriana, si tienen su domicilio en un país ajeno al Ecuador; o cuando los adoptantes, siendo extranjeros, viven en el Ecuador por un tiempo menor a tres años. En tal definición también se observa el caso de adoptantes y adoptado extranjeros que, una vez realizada la adopción, deciden vivir en el Ecuador y registrar la adopción para que se desprendan todos los derechos y obligaciones derivados de ella.

4.1 Heteroparentalidad en las adopciones

Una vez que se ha observado que por la vía constitucional y legal se imposibilita las adopciones a las parejas del mismo sexo y, en su defecto, la inscripción de aquellas para tales parejas, ahora nos centraremos en el fundamento de por qué normativamente se impone este requisito.

4.1.1. Fundamentos y contradicciones

En general, se parte de la idea de que el interés superior del niño, en los términos previamente expuestos, se vería vulnerado si se permite que parejas del mismo sexo puedan adoptar. Justamente, porque bajo la visión binaria y heterosexista que se mantiene, se considera que estos nuevos tipos de familia no son aptos y no están en condiciones de adoptar[29]. Esta situación se da porque "[l]a heteronormatividad […] [es una] estructura de poder [que] asume que las capacidades biológicas, morales y legales de ser padres y madres se convierte en regla en las parejas heterosexuales […] [y] [l]as personas LGBTIQ se construyen fuera de esos vínculos […]"[30].

En términos psicológicos, el fundamento se asocia con la idea de que la diversidad sexual es una enfermedad, causada en su mayoría —sino en su totalidad— por relaciones padre-hijo disfuncionales[31]. Por ello, al considerarlas como personas enfermas, no podrían, bajo sus propios medios, cuidar de la vida de un niño o niña[32].

Como consecuencia de las consideraciones antes mencionadas, este miedo social se ha visto reiterado en otros países latinoamericanos, entre los cuales resalta Chile, en el caso *Atala Riffo v.*

---

28 Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 180. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

29 Traducción libre. *Cfr*. Rekers, George. *Review Of Research On Homosexual Parenting, Adoption, And Foster Parenting*. National Association for Research and Therapy of Homosexuality, 2004, p. 79.

30 Vaggione, Juan Marco. "Las familias más allá de la heteronormatividad". En Motta, Cristina y Sáenz, Macarena. *La Mirada de los jueces. Tomo 2: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008, p. 45.

31 Traducción libre. *Cfr*. Bailey, J. Michael, *et al*. *Sexual Orientation, Controversy and Science*. Association for Psychological Science 17/2 (2016), p. 85.

32 Traducción libre. *Cfr*. Rekers, George. *Review Of Research On Homosexual Parenting… Óp. cit*., p. 48. .

Chile[33] ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual el Estado defiende su decisión de privar a la Sra. Atala Riffo de la custodia de sus hijas, en razón de su orientación sexual, ya que las implicaciones que pudiese tener este factor en la crianza de ellas no es compatible con el interés superior del niño. De modo que se indica que:

> [n]o es efectivo que el fundamento de las referidas resoluciones fuera la orientación sexual de la madre ni su sola expresión. Por el contrario, del tenor de las mismas se desprende […] que su fundamento fue el interés superior del niño, y que en dicho contexto, la orientación sexual de la demandada fue considerada, entre otras circunstancias, en la medida que su expresión tuvo efectos concretos adversos al bienestar de las niñas[34].

De la cita anterior, queda clara la posición para impedir el acceso a la adopción a parejas LGBTI. A ojos de la sociedad y plasmado en las leyes por los legisladores, el hecho de que una persona tenga una sexualidad diversa sería atentatorio contra el interés superior del niño, pues "la pareja heterosexual se presenta ante el ordenamiento como el modelo para la estabilidad, el bienestar y la protección de l@s niñ@s que serán adoptad@s, y que la pareja no heterosexual no es apta para criar nin@s"[35]. Esta presunción se ha generado porque se considera que los gustos sexuales de los padres se van a ver reflejados sobre los hijos, lo cual daría una crianza sesgada hacia una orientación sexual definida y, por tanto, se limita la educación, crianza y desenvolvimiento de los niños y niñas[36]. Hay que considerar que para estas posiciones histórica y culturalmente conservadoras, se torna como "antinatural" el hecho de que un niño o una niña pueda tener dos padres o dos madres, puesto que se piensa que este tipo de relaciones se generan por un desorden psicológico, en donde se busca distorsionar el *statu quo* de la familia "clásica", de sus propósitos y orientación[37].

Dicha posición es defendida férreamente por sectores tradicionalistas, representados en gran parte por organizaciones religiosas, quienes consideran —como ya se mencionó— que las parejas LGBTI no son aptas para adoptar. La ausencia de la bipolaridad sexual crea obstáculos para el desarrollo normal de los niños eventualmente integrados en estas uniones, al promover un desconcierto en los niñas y niñas, pues se estaría suscitando una confusión de roles[38].

Por ende, de acuerdo con esta visión no es posible que existan dos hombres que críen a un niño, pues a este le estaría faltando el innegable e importante aporte que otorgan las madres al desarrollo, al considerar que tan solo una mujer puede llenar esos espacios. Es importante resaltar que, dada la influencia de la religión en la sociedad ecuatoriana, esta posición se ha vuelto generalizada y fuertemente defendida[39]; de modo que aún no ha existido la fuerza para que, mediante

33 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo v. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012. Párrafos 155, 178, 208 y 220. En el presente caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros aspectos, decidió que el Estado chileno vulneró los derechos de Karen Atala Riffo al trato igualitario ante la ley, a su vida privada y familiar, además de garantías judiciales y debido proceso, indicando que ninguna de las medidas tomadas a nivel interno tomó en cuenta los deseos de las hijas de la víctima, a pesar de que alegaban que dichas medidas se daban en su mejor interés.

34 *Id*., párrafo 61.

35 Falconí Trávez, Diego. *Discriminación en la norma del Código de la Niñez y Adolescencia que impide la adopción por parte de parejas GLBTT: Un ensayo desde los derechos de l@s niñ@s desde una perspectiva de género*. Tesina para obtener el título de abogado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2005, p. 23.

36 Traducción libre. *Cfr*. Rekers, George. *Review Of Research On Homosexual Parenting*… *Óp. cit.,* p. 80.

37 *Cfr*. *Id*. p. 74.

38 *Cfr*. Vaggione, Juan Marco. *Las familias más allá de la heteronormatividad*… *Óp. cit*., p. 48.

39 Traducción libre. *Cfr*. Rekers, George. *Review Of Research On Homosexual Parenting*… *Óp. cit.,* p. 3.

argumentos científicos y legales, se puedan ir destruyendo estos prejuicios y obstáculos que inhiben el ejercicio igual de derechos.

Sin embargo, esta presunción a la que llega la visión binaria y homofóbica del legislador carece de sustento, ya que la ciencia se ha encargado de confrontar estos argumentos con intensos estudios que han demostrado que "[…] la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se*"[40]. Incluso, se ha llegado a la conclusión de que las parejas de personas del mismo sexo son igual de capaces de criar a niños que las parejas heterosexuales. La *American Psychological Association* ha puntualizado recurrentemente que:

> No existe una base científica para concluir que madres lesbianas o padres homosexuales son incapaces de ser padres con base en su orientación sexual… Por el contrario, los resultados de la investigación sugieren que padres y madres homosexuales son igual de capaces que los padres heterosexuales para proveer de un ambiente sano y de apoyo para sus hijos[41].

Lamentablemente, a pesar de que la ciencia ha refutado esta tendencia a "biologizar" la aptitud de ser padre solamente por la capacidad de reproducción y ha condenado la diversidad sexual bajo pretexto de una posible confusión de roles, persiste una fuerte tendencia a considerar que las personas LGBTI tienen menos derechos o son ciudadanos de segunda categoría; por lo cual, al exponer a niños a este tipo de discriminación, se atentaría contra su crianza y desarrollo integral[42]. Este miedo del legislador a la discriminación de la que pueda ser víctima el niño, así como otros tabúes, han hecho que se impida la adopción para estos grupos.

Empero, ante esta situación, que de acuerdo con una porción de la sociedad es considerada "legítima" al evitar que los niños se sientan discriminados por la orientación sexual de sus padres, ha sido refutada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual estableció que:

> [P]ara justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios[43].

5. El artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, y la vulneración del interés superior del niño

Una vez expuestos los fundamentos existentes que se han generalizado para que la adopción sea una prerrogativa exclusiva de parejas heterosexuales, y al entender sus principales contradicciones, ahora es necesario analizar cómo este requisito para la inscripción de las adopciones en el Ecuador tiene relevancia en adopciones internacionales. Esto, en virtud de que dicha exigencia no solo es discriminatoria para los padres sino también vulnera el interés superior del niño, específicamente en relación con los derechos a la identidad y la familia.

El artículo 46 de la Ley de Gestión de Identidad y Datos Civiles prescribe:

> Para que proceda la inscripción y registro de una adopción será necesaria la sentencia del juez

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo v. Chile*. *Óp. cit*., párrafo 128.
41 Traducción libre. Meezan, William y Rauch, Jonathan. "Gay Marriage, Same-Sex Parenting, and America's Children". Ohio: *Future Child* 15/2 (2005), p. 102.
42 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo v. Chile*. *Óp. cit*., párrafo 116.
43 *Id*., párrafo 119.

> competente, quien para el efecto, deberá observar los preceptos constitucionales y legales. La inscripción y registro de la adopción generará una nueva inscripción de nacimiento, en la que no se mencionará tal circunstancia, con la cancelación previa de la inscripción original, mediante un registro que dé cuenta de la adopción y mantenga el número único de identificación (NUI) inicial asignado en el certificado estadístico de nacido vivo. La inscripción y registro de las adopciones se efectuarán ante la misma autoridad de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación que es competente para las inscripciones de nacimientos en general. Cualquier acto o disposición normativa contraria a la presente disposición será nula. Para la inscripción y registro de una adopción realizada en el exterior por personas ecuatorianas o residentes permanentes en el Ecuador, se requerirá la sentencia homologada de la adopción o la resolución del acto administrativo cuando corresponda conforme a las leyes del país en el que se realizó la adopción siempre que no contravenga a lo dispuesto en la legislación ecuatoriana. **En cualquier caso, la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo** (énfasis añadido)[44].

Esta norma tiene particular relevancia en las adopciones internacionales, pues hay que partir del hecho de que existe multiplicidad de legislaciones que, a la fecha, han eliminado este requisito y permiten la adopción a dichas parejas[45]; son notables los ejemplos desde principios del siglo XXI: 22 de 50 Estados de EEUU[46], Canadá[47], Uruguay[48], México[49], Argentina[50], Brasil, Colombia[51], Holanda[52], Suecia, Bélgica, Reino Unido, España, Francia, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Islandia, Sudáfrica[53], Nueva Zelanda[54]. Este hecho representa un gran avance para alcanzar una verdadera igualdad en los derechos de las parejas LGBTIQ, y a su vez configura un inconveniente al momento de intentar homologar la adopción en países que no reconocen esta prerrogativa; pues además de no existir la figura, cada uno de estos países consideran diferentes supuestos y requisitos.

Lamentablemente en Ecuador se cierra esta posibilidad a nivel constitucional y legal, de modo que algo que debería ser tratado por medio del uso del derecho internacional privado escala al nivel de los derechos humanos, puesto que, en casos donde familias internacionales cuya adopción se haya realizado acorde a una ley extranjera y deseen venir al Ecuador de forma permanente no podrían registrar esa adopción bajo la normativa ecuatoriana, por lo cual no

---

44 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Ó*p. cit*., artículo 46.

45 *Cfr*. Carroll, Aengus y Itaborahy, Lucas Paoli. *Homofobia de Estado*… Ó*p. cit*., pp. 46-47.

46 *Cfr*. Family Equality Council. *Joint Adoption Laws*. Obtenido de: http://www.familyequality.org/get_informed/resources/equality_maps/joint_adoption_laws/

47 *Cfr*. Corte Suprema de Canadá. *Egan v. Canada. 2 S.C.R*. Expediente No.: 23636. Sentencia de: 1 de noviembre de 1995; y Adoption Council of Canada. *Frequently Asked Questions About Adoption*. Obtenido de: http://www.adoption.ca/faqs

48 *Cfr*. Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. Ley No. 18.590. Obtenida de: https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2620686.htm

49 *Cfr*. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo". Tesis jurisprudencial 08/2017.

50 *Cfr*. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Ley No. 24.779. Obtenida de: https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Adopcion_Argentina.pdf

51 *Cfr*. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-071 de 2015.

52 *Cfr*. Diario Oficial del Reino de los Países Bajos. *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, No. 10*. 11 de enero de 2001. Acta de 21 de diciembre de 2000 enmendando el Libro Primero del Código Civil, sobre adopción de personas del mismo sexo. Obtenida de: https://media.leidenuniv.nl/legacy/Translation%20of%20Dutch%20law%20on%20adoption%20by%20same%20sex%20partners.pdf

53 *Cfr*. Parlamento de la República de Sudáfrica. Children's Act 38 of 2005. Obtenido de: http://www.hpcsa.co.za/Uploads/editor/UserFiles/downloads/legislations/acts/childrens_act_38_2005.pdf

54 Telesur. *Conozca los países donde se permite la adopción igualitaria*. 5 de noviembre de 2015. http://www.telesurtv.net/news/Conozca-los-paises-donde-se-permite-la-adopcion-igualitaria-20151105-0048.html (acceso: 09/05/2017).

pueden gozar de ningún derecho (especialmente los de identidad y de familia, como se verá más adelante). En el proceso de homologación y registro de la adopción homoparental extranjera, además de existir prohibición expresa, se da lo que en derecho internacional privado se conoce como institución desconocida[55].

En consecuencia, se impide la ejecución de una norma extranjera por no poder adecuarla con ninguna figura similar en el ordenamiento nacional.

Por consiguiente, a continuación, se realizará un análisis de cómo esta omisión vulnera el principio rector de los derechos del niño, centrándonos en dos efectos que atentan contra el interés superior del niño: violación al derecho a una identidad y al derecho a una familia.

5.1. Derecho a una identidad

El derecho de los niños a una identidad está tipificado a escala internacional en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño[56], y en el ámbito nacional se encuentra en el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador[57] y en el artículo 33 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia[58], ley especializada en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes. Hay que resaltar que este derecho está relacionado con las obligaciones del Estado de tomar medidas especiales de protección, tomando en cuenta su situación particular. Se ha entendido a este derecho como:

> [E]l reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas[59].

---

55 Mansilla Mejía, María Elena. *Orden Público, Institución Desconocida E Institución Análoga*. En Cuadernos de Trabajo del Curso de Actualización de Profesores de Derecho Internacional Privado. Seminario De Derecho Internacional, Facultad De Derecho. Primera ed. México: Universidad Nacional Autónoma De México, 2009, pp. 89-100. "[…] [S]i la institución que se invoca como derecho adquirido no existe, se estará ante la institución desconocida, en este supuesto el derecho extranjero ya adquirido no será reconocido, respetado ni tendrá eficacia alguna. Atento a lo anterior, una institución será desconocida cuando no exista en un ordenamiento jurídico concreto, lo que puede ocurrir por una laguna de la ley o porque el legislador consideró innecesario incluirla en su sistema jurídico por ser contrario a las necesidades o cultura jurídica de la comunidad" (p. 97).

56 Convención sobre los Derechos del Niño. Ó*p. cit*., artículo 8. Artículo 8.- 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

57 Constitución de la República del Ecuador. Ó*p. cit*., artículo 45. Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar […].

58 Art. 33.- Derecho a la identidad.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes, y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho.

59 Dirección General del Registro Nacional de Población e Identificación Personal. *El derecho a la identidad como derecho humano*. México, 2011, p. 21. http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2011/Derecho_a_la_identidad_como_derecho_humanoELECTRONICO.pdf (acceso: 31/03/2017).

En tal sentido, el componente esencial de este derecho es el respeto "[a]l derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley"[60].
Es decir que es una obligación del Estado el permitir que el niño preserve su identidad y no interferir en los componentes de este derecho. Esto es de suma importancia pues los niños y niñas, por su condición de vulnerabilidad, necesitan una base sólida con la cual sentirse identificados.
Ahora bien, centrándonos en el caso de las adopciones internacionales, el artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles prescribe que una vez obtenida una sentencia internacional homologada y habiéndose verificado el cumplimiento de todos los requisitos de esa legislación, se habilitaría al registro y la inscripción de la adopción. Por ello, el hijo adoptado adquiriría todos los derechos y obligaciones, de forma similar a lo que ocurre al momento del nacimiento de un hijo biológico.
Sin embargo, al no poder inscribirse la adopción internacional en el Ecuador de parejas homosexuales, se está impidiendo que se genere esta relación filial en el país, imposibilitando al niño o a la niña adoptada adquirir los apellidos de los padres. Esto, sin duda alguna, afecta al desarrollo integral del niño o la niña, pues carece de la identificación esencial que lo vincula con sus padres, por el hecho de que estos tienen una sexualidad diversa.
Esta situación es de particular gravedad puesto que:

> El certificado de registro o inscripción de nacimiento (o adopción) es el documento oficial y permanente que acredita la existencia del niño o niña y su relación con sus padres, resultando fundamental para la realización de sus derechos humanos. Si bien la inscripción de nacimiento no constituye por sí sola una garantía de educación, salud, protección y participación, su ausencia lo deja invisible y por ende excluido y fuera del alcance de quienes tienen la responsabilidad de garantizar el goce de sus derechos (contexto añadido)[61].

En consecuencia, esta omisión, que según muchos funcionarios es intrascendente, la resuelven inscribiendo al niño o niña con los apellidos de uno de los padres o madres, desconociendo así la relación que tiene el otro progenitor y el aporte a su desarrollo, crecimiento y educación. Por consiguiente, existen repercusiones en otros derechos, pues en cualquier trámite de la cotidianidad, como por ejemplo inscripción en escuelas o seguros médicos, el niño o la niña tendrá complicaciones e inconvenientes al no constar inscrito con los apellidos de sus padres y, por tanto, no tiene identificación alguna.
Es decir, el legislador ecuatoriano intenta alcanzar "protección", mal interpretando y utilizando el interés superior del niño, a la conveniencia de continuar prolongando estereotipos y estigmas, desconociendo así la diversidad familiar y los principios reconocidos a nivel constitucional. Con esta norma, se impide que los niños adoptados por parejas homosexuales en el extranjero[62] tengan una identidad, y con ello se los coloca en una situación de vulnerabilidad aun más grave.

60 Convención sobre los Derechos del Niño. *Óp. cit.* Artículo 8.
61 Dirección General del Registro Nacional de Población e Identificación Personal. *Óp. cit.*, p. 23.
62 Si bien el artículo analiza las implicaciones de las adopciones extranjeras por parte de parejas homosexuales, no es menos cierto que esta situación se repite a nivel nacional. Las parejas extranjeras al menos tienen la posibilidad de acceder a la figura en otros países, y el problema se presenta al registrar dicha adopción en Ecuador. Sin embargo, a las parejas homosexuales que se encuentran en Ecuador se les impide incluso acceder a la figura, sin tener que llegar al inconveniente del registro, puesto que, como manda la Constitución y la ley, la adopción corresponde a personas de distinto sexo.

5.2. Derecho a una familia

A escala internacional se reconoce la importancia del derecho de la familia de los niños, pues en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia"[63]. A escala nacional, de igual forma, se reconoce su derecho a "tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar"[64]. Sin embargo, en la misma legislación ecuatoriana se plasma lo que se busca proteger como familia, y es este el factor determinante en cuanto a la vulneración del interés superior del niño.

Si bien es cierto que nuestra Constitución "reconoce la familia en sus diversos tipos"[65], y establece que esta se constituye y encuentra su fundamento en vínculos de hecho o jurídicos y en la igualdad de derechos y condiciones[66]; en el mismo cuerpo normativo se empieza a delimitar el concepto de familia, pues en el artículo 68, correspondiente a las uniones de hecho —cuyo reconocimiento a personas LGBTIQ ha sido celebrado como logro en los últimos tiempos— se especifica que la adopción solamente corresponde a parejas de distinto sexo.

Asimismo, en el Código de la Niñez y Adolescencia se plasma la siguiente definición de familia en virtud de su función para con el niño:

> La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.
> Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos[67].

De esta forma, en el mismo artículo, se vislumbra lo que el legislador entiende como familia, a pesar de que se intente "maquillar" dicho concepto. Queda claro lo que el legislador quiere y entiende como familia: una unión entre hombre y mujer —sea de hecho, sea matrimonio, o incluso personas solas— y la posible descendencia; por ello, en el caso de adopciones internacionales y su homologación en el Ecuador, dicho concepto queda por fuera del ámbito de protección y, por tanto, no se reconoce.

En tal sentido, la Corte Constitucional de Colombia en sus sentencias C-814 de 2001 y T-717 de 2011 se pronunció con un argumento que refleja lo que el legislador ecuatoriano considera:

> [Que] la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener una familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores[68].

Esta decisión refleja el pensamiento binario y heterosexista de concebir que una persona —por tener una sexualidad diversa— no es apta para tener una familia, vulnerando en el acto diversos derechos de estas personas, así como el ya mencionado interés superior del niño. Así, se impone normativamente una forma de vida y se rechaza cualquier forma alternativa. Ello refleja una

63 Convención sobre los Derechos del Niño *Óp. cit.*, Preámbulo.
64 Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 45.
65 *Id.*, artículo 67.
66 *Ibíd*.
67 Código de la Niñez y Adolescencia. *Óp. cit.*, artículo 9.
68 Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-814 de 2001. *Cfr*. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-717 de 2011; y Vaggione, Juan Marco. *Las familias más allá de la heteronormatividad… Óp. cit.*, p. 56.

situación "paradójica […], porque antes que pensar en la defensa de los derechos e intereses de los niños, la [sociedad] está primordialmente interesada en defender una concepción de familia única y excluyente, la unión monogámica heterosexual"[69].

En el caso de adopciones internacionales, la legislación extranjera ya la ha avalado y a ese tipo de familia. Sin embargo, al llegar al Ecuador, se niega dicha inscripción y no surte efecto alguno cualquier tipo de relación filial entre los padres o madres, y el hijo o hija. La consecuencia inmediata de esta negativa es impedir un desarrollo pleno del niño dentro de un ambiente familiar.

El legislador, sin duda alguna, comete el error de establecer normativamente "que el interés de todo menor es pertenecer a una familia monogámica y heterosexual"[70], cuando es claro que el concepto de interés superior del niño se refiere a las condiciones particulares de cada niño en un contexto específico. De esta forma, el artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles impregna una visión sesgada de la familia, negando realidades existentes y aduciendo que un niño o niña siempre estará mejor protegido por una pareja heterosexual, porque es la que otorga las condiciones y posibilidades necesarias para un adecuado desarrollo.

No se toma en cuenta que "[t]odas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico"[71]. Por tanto, sería injusto y arbitrario calificar a un tipo de familia como el correcto o el más beneficioso para los niños y niñas, ya que se estaría desconociendo una realidad social inminente, no solo con relación a las familias formadas por personas LGBTIQ, sino también a los abuelos que crían solos a sus nietos, o padres y madres divorciados, separados o viudos que se encargan individualmente de sus descendientes.

6. Test de igualdad y no discriminación

En el presente caso, que a todas luces nos sitúa frente a un escenario de discriminación normativa, es necesario aplicar un test de igualdad, cuyo objetivo sea determinar si la situación en cuestión es o no contraria al derecho de igualdad[72]. Este test saca a relucir si en una ley o acto normativo se puede trasgredir el principio de no discriminación, partiendo del entendido de que existen distinciones que no necesariamente vulneran el principio o que buscan equiparar a dos grupos tradicionalmente supeditados unos a otros. El inconveniente como tal se da cuando el trato distinto tiene una finalidad o deriva en la vulneración de derechos de uno o más grupos[73].

Para poder realizar este test con respecto a la norma analizada, en primer lugar hay que establecer que se realizará con lo dispuesto por la Corte Constitucional colombiana, por tener una relación mucho más cercana con nuestra realidad. Para dicho organismo, el test de igualdad se enmarca dentro de un juicio integrado de igualdad, el cual busca:

---

69 *Ibíd*.

70 *Ibíd*.

71 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 338. Citado por Corte IDH. *Atala Riffo v. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de febrero de 2012. Párrafo 126.

72 Vásquez, Daniel. "Test de Igualdad y No discriminación". *Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para Armar*. *Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 77.

73 *Ibíd*.

> (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución[74].

Es decir, en este juicio integral se busca determinar si se pueden comparar los supuestos de hecho y a los sujetos afectados por el acto o norma, además de verificar si existe o no un trato diferenciado entre estos sujetos; y, en caso de haberlo, si esta diferenciación de trato tiene justificación alguna en la Constitución. Dentro de este estudio de trato diferenciado se integra el test de igualdad, que determina, en primer lugar, el fin que se persigue; luego se analiza el medio empleado y, enseguida, si el medio y el fin tienen una relación específica.

Existen varios niveles de análisis de este test, los cuales permiten aplicar una mayor laxitud o permisividad en cuanto a la diferenciación. El test leve se utiliza ordinariamente para analizar los actos del poder público, debido a la consideración de legitimidad que tienen; sin embargo, se utilizan —en criterio de la Corte Constitucional colombiana— en materias económicas, tributarias, competencias establecidas constitucionalmente a un determinado órgano, leyes derogadas que siguen teniendo efectos en la actualidad, y casos donde *prima facie* no se precise una vulneración al derecho en cuestión[75].

Sin embargo, cuando se encuentra de por medio una categoría sospechosa o en condición de vulnerabilidad con respecto a otros grupos, o en donde se observa a todas luces una discriminación para un grupo con relación a un privilegio otorgado a otros, este test de igualdad adquiere una relevancia mucho más evidente, de modo que el estudio es mucho más estricto, y se requiere necesariamente

> [E]stablecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales[76].

Corresponde entonces realizar el test con respecto al artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, para verificar que se adecúe a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. En cuanto al primer punto del test, referente a la legitimidad, la importancia y la imperiosidad de la restricción, "los fines para los cuales se establece la restricción [deben ser] (…) legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas"[77]; pero además, debe ser este fin legítimamente perseguido de gran importancia para los fines del Estado, y debe ser de imperioso cumplimiento. Si bien no es posible determinar a ciencia cierta qué perseguía el legislador específicamente con esta norma, a partir de los considerandos de la Ley es posible determinar cuáles eran los objetivos de la misma.

Por consiguiente, resalta el hecho de que en los considerandos se reconozca que "las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica y a su **identidad,** nombre y ciu-

74 Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-015/14 de 23 de enero de 2014*. Párrafo 4.4.1.
75 *Id*., párrafo 4.4.2.1.
76 *Id*., Párrafo 4.4.2.2.
77 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva *OC-6/86* del 9 de mayo de 1986, párrafo 37.

dadanía" (énfasis añadido)[78], así como también la igualdad de las personas independientemente del sexo o la identidad de género y la familia en sus diversos tipos[79]. De estas partes del texto legal se colige que efectivamente existe un fin legítimo, importante e imperioso para el Estado ecuatoriano, pues se busca proteger los derechos de grupos de atención prioritaria, como son los niños en el presente caso, además de la familia en sus diversos tipos, como núcleo central de la sociedad[80].

Ahora bien, el medio empleado para garantizar el fin legítimo previamente pormenorizado debe analizarse con respecto a su legitimidad, y debe verse si es adecuado y necesario para el cumplimiento de dicho fin, siendo éste el menos lesivo en los derechos de las personas.

Para determinar la legitimidad, no solo del fin, sino del medio, debe acudirse nuevamente a lo dispuesto por la Ley en cuestión, la cual persigue garantizar la identidad, la integridad física y psíquica, el nombre y la nacionalidad de los menores, así como la igualdad de las personas independientemente de su sexo o género, y la protección de la familia en sus diversos tipos. Es decir, el medio, en principio, no solo fomenta un goce pleno de los derechos, sino que los debería poner en práctica; por tanto, la ley constituiría *prima facie* un medio legítimo.

No obstante, la limitación en estudio encuentra razón en un sistema heteronormativo, en el que una sociedad extremadamente conservadora busca adecuar el sistema legal a su medida y conforme a sus prejuicios. Evidencia de lo mencionado se observa en la posición que —por lo menos— el ex primer mandatario ecuatoriano Rafael Correa manifestó sobre el asunto. En mayo de 2013, en uno de sus *Enlaces Ciudadanos,* expresó lo siguiente: "No estoy de acuerdo con la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, porque creo que la naturaleza algo de razón debe tener y que los niños deben estar en la familia tradicional"[81].

Por ende, en lo que respecta a la restricción impuesta por el artículo 46, no presenta un objetivo legítimo pues busca mantener el *statu quo,* realizando una interpretación errada del interés superior del niño: familia tradicional, formada por hombre, mujer e hijos. Se niega así una realidad existente: parejas homoparentales que desean formar un hogar y lo logran con o sin el apoyo del Estado y su ordenamiento jurídico.

En relación con la necesidad e idoneidad, el tercer punto del test, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que a este elemento no se lo observa desde el punto de vista de que una restricción o distinción tiene que ser indispensable, útil, deseable u ordinaria para ser válida[82]; sino, por el contrario, lo que se analiza es si existían otras alternativas menos gravosas para alcanzar el fin legítimo. Por consiguiente, se debe analizar si mediante otras medidas se podía igualmente proteger el supuesto legítimo "a la luz de todas las circunstancias"[83].

---

78 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Considerandos. Registro Oficial Suplemento 684, del 4 de febrero de 2016, en el Registro Oficial Suplemento 684.

79 *Cfr*. *Ibíd*.

80 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 67. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

81 El Universo. "Rafael Correa anuncia que los homosexuales podrán registrar unión de hecho en la cédula", 23 de agosto de 2014 http://www.eluniverso.com/noticias/2014/08/23/nota/3520961/rafael-correa-anuncia-que-homosexuales-podran-registrar-union-hecho (acceso: 31/03/2017).

82 *Cfr*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Handyside v. Reino Unido*, no. 5493/72, 7 de diciembre de 1976, párrafos 48 y 49.

83 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Klass vs. Alemania*. Aplicación No. 5029/71. 6 de septiembre de 1978. Párr. 42.

El Comité de Derechos Humanos se ha ajustado y profundizado esta idea por medio de la Observación General No. 27, enunciando "que no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; también deben ser necesarias para protegerlos"[84]. En el presente caso, al analizar si existían medidas alternativas que cumplieran con el objetivo, al no ser este legítimo, es complicado encontrar caminos alternos para conservar estereotipos con una raíz basada en la discriminación hacia grupos ajenos a la concepción tradicional y básica de familia.
En cuanto al cuarto punto, se refiere a que las limitaciones deben ser proporcionales, es decir "apropiad[as] para desempeñar su función protectora; [siendo] […] los instrumentos menos perturbadores para conseguir el resultado deseado"[85]. Es decir, el hecho de restringir el derecho a la identidad[86] y el derecho a la familia[87], mediante la restricción del artículo 46, debe ser lo menos invasiva posible a los derechos de los involucrados, es decir, de los niños, niñas y adolescentes.
Si tomamos en cuenta que el derecho a la identidad engloba el derecho a la familia, el primero consiste "en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades"[88], y además refleja la pertenencia a un Estado, territorio, sociedad o familia; elementos necesarios para un adecuado y libre desarrollo de la personalidad. Es posible palpar la relevancia inmensurable que tiene la identidad para una persona. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos actuales han impuesto que el derecho a la identidad tan solo cobre eficacia cuando el niño o niña es registrado en la entidad correspondiente[89], lo cual garantiza un mayor "acceso a (…) derechos políticos y civiles (…) y la posibilidad de acceder a los derechos económicos, sociales y culturales"[90].
En tal sentido, dentro de los requisitos impuestos en el artículo 46, se prohíbe que personas del mismo sexo puedan formar una familia por medio de la figura de la adopción. Se niega —tanto a quienes serían padres como a los niños, niñas o adolescentes que serían adoptados— el derecho a la identidad y a la familia. No obstante, la limitación del artículo 46 va más allá, y se niega a reconocer adopciones realizadas en el exterior por parejas homosexuales; descartando hechos y derechos existentes que ya han generado derechos y obligaciones, es decir, incumpliendo una de las principales características de los derechos humanos referente a la no regresividad.
Por ende, esta negativa es desproporcional y extremadamente peligrosa, ya que los padres o madres de los niños, niñas o adolescentes serían desconocidos, quedando estos últimos forzosamente "emancipados", ya que legalmente no se reconocería la relación filial.
Una vez comprobado que el medio no es legítimo, que las medidas no fueron necesarias ni proporcionales, el test concluye con el estudio de la idoneidad, que consiste en examinar si las restricciones impuestas […] fueron adecuadas[91] para "contribuir a la realización del objeto

84 Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 27*, 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, párrafos 11-16.
85 *Ibíd*.
86 *Cfr*. Convención sobre los Derechos del Niño. Ó*p. cit*., artículo 8.
87 *Cfr*. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Artículo 17. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978). Artículo 17.
88 Secretaría de Gobernación, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, y Dirección General del Registro Nacional de Población e Identificación Personal. Ó*p. cit*., p. 15.
89 *Ibíd*.
90 *Ibíd*.
91 *Ibíd*.

invocado"[92]. En el caso analizado, y por todos los elementos traídos a colación, se colige que el artículo 46 es una restricción que, si bien puede no cumplir con el resto de elementos, está encaminada y cumple el propósito de mantener excluidas a las personas homosexuales y perpetuar prejuicios y estereotipos, bajo el supuesto principio del "interés superior del niño", por tanto atenta contra el principio de igualdad y no discriminación, pese a ser éste un principio rector del Estado ecuatoriano[93].

7. Relevancia práctica de la implementación del artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles

Una vez entendidas las implicaciones de la redacción de este artículo, y de la intención que se encuentra detrás, queda aterrizar este análisis en la vida cotidiana de las personas. En el año 2012, Helen Bicknell y Nicola Rothon, una pareja de lesbianas que habían convivido 14 años en Ecuador, decidieron tener una hija mediante inseminación artificial. Esta bebé, a quien nombraron Satya, no pudo ser inscrita en el Registro Civil pues, a ojos de dicho órgano, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla la figura de doble filiación paterna o materna, y lo que se busca es precautelar la seguridad jurídica de esta figura legal, contenida en disposiciones creadas hace más de 30 años[94].

En el caso mencionado, la niña no pudo ser inscrita justamente porque en la normativa del Registro Civil no se reconocía la figura antes mencionada, trayendo a colación la discusión de qué tan cierto es que el Estado ecuatoriano reconoce a la familia "en sus diversos tipos", y no solamente prevé a la familia como la composición hombre-mujer.

En el año 2016, con la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, esta pareja lesbiana sigue impedida de inscribir a su hija Satya, tomando en cuenta que, en la actualidad, la niña tiene ya aproximadamente cinco años.

Es relevante mencionar que, con respecto a la inscripción de nacimiento de recién nacidos, esta Ley es clara al utilizar los términos "padre" y "madre", dejando un vacío en cuanto al procedimiento para inscribir los apellidos de las dos madres; ahora bien, si se quisiera acudir a una analogía para inscripción acudiendo a la figura de la adopción, nos encontramos con el artículo en análisis, el cual aterriza en el mismo resultado: a ojos del legislador, un menor solo puede ser concebido en sus relaciones de familia en tanto y en cuanto tenga padre y madre.

En estos años de vida, Satya no ha podido gozar de su derecho a la identidad, pues se le ha impuesto una concepción familiar en la cual sus madres no entran, lo cual le impide mantener los estándares mínimos que prescribe el artículo 8 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y, ya en la realidad cotidiana, se la está privando del vínculo más elemental con sus madres, el compartir el mismo nombre.

---

92 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Furlán y familiares vs. Argentina. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Series C No. 238, párrafo 53. *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso de Fontevecchia y D'Amico v. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Series C No. 238, párrafo 53.

93 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 numeral 2. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

94 La República. "Pareja lesbiana del caso 'Satya' acudirá a la CIDH". 23 de mayo de 2012. http://www.larepublica.ec/blog/sociedad/2012/05/23/pareja-lesbiana-del-caso-satya-acudira-a-cidh/ (acceso: 03/03/2017).

En este mismo caso, existe una flagrante violación al derecho a la familia que Satya, solo por el hecho de existir, tiene. El Ecuador, a pesar de tener un reconocimiento explícito a nivel constitucional de los “diversos tipos de familia”[95], se basa en la falta de normativa para perpetuar un tipo de familia preconcebido, excluyendo con ello a parejas como Helen y Nicola de la fórmula heteronormativa que impera, de modo que estos grupos resultan estigmatizados y discriminados, y no les es permitido gozar de la familia que tienen.

Tomando en cuenta aspectos elementales como educación, salud o un trámite ordinario como un permiso de salida del país, la privación a Satya de su apellido es una merma considerable al tratamiento equitativo de todas las personas.

De seguir lo sugerido por el Registro Civil —la inscripción de la niña con el apellido de una de las madres—, cuando su otra madre acuda en representación de su hija, estará impedida por la inexistencia de un nexo filial constante en la cédula. En consecuencia, el efecto inmediato es una vulneración a sus derechos, pues implica que se desconoce la pertenencia de la niña a una familia.

8. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se han mencionado constantemente dos conceptos: adopción e interés superior del niño. Está claro que la relevancia de la adopción está en proveer a niños y adolescentes la posibilidad de tener una familia dado que, por uno u otro motivo, no pudieron tenerla antes; junto con la oportunidad que se abre a personas que, deseosas de iniciar una familia, no han podido hacerlo.

Sin embargo, esta posibilidad ha sido concebida desde un inicio por una perspectiva heterosexista y binaria, en la cual todo lo que sale de los parámetros de “normalidad” —entendida como una familia heterosexual, compuesta por un padre, una madre y su descendencia— se concibe como enfermo y vicioso y, por tanto, no puede ser permitido.

En tal sentido, el artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, al impedir el registro de adopciones internacionales si se trata de parejas LGBTIQ, vulnera el principio de interés superior del niño, pues se le priva de sus derechos más fundamentales, entre los cuales se encuentran la identidad y la familia, centro del presente análisis.

El privar a un niño de su identidad y su familia por preservar valores moralistas y tradiciones impuestas por la religión contraría las obligaciones adquiridas por el Estado ecuatoriano en materia de derechos humanos, y representa además una contradicción misma entre sus disposiciones constitucionales.

A pesar de la existencia del fundamento de que se intenta proteger a los niños, esta intención se sustenta asumiendo, sin ningún análisis, que en general, por el hecho de tener una sexualidad diversa, una persona no tiene la capacidad de cuidar a un niño o niña. Esto contradice la aplicación del principio del interés superior del niño, que debe tomar en cuenta las condiciones particulares de cada niño y ponderar cada situación para ver lo que mejor convenga al infante adoptado.

Si bien el análisis del interés superior del niño debe ser realizado de forma individual, tomando

95 Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 67.

las circunstancias particulares de cada caso para poder observar qué conviene de mejor forma para el integral desarrollo y el pleno goce de todos los derechos de los menores, se puede observar que la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles no hace sino dificultar de manera considerable la garantía de ciertos derechos: tanto del niño a preservar su identidad y su familia, como la protección a la familia en tanto eje fundamental de la sociedad.







CONTACTO

Av. Amazonas N39-123 y José Arizaga, Edificio Amazonas Plaza, piso 10, oficina 77

Telf: (593-2) 2262922 / 2262923 / 2262924 / 2262925 PO BOX: 17-01-104

E-mail: info@jaramillodavila.com

www.jaramillodavila.com

Derechos reales atípicos entre el mito y la leyenda: un análisis de los sistemas numerus *apertus y numerus clausus*

Juan Sebastián Baquero Correa,
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: juan.baquero@estud.usfq.edu.ec

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen

El principio de autonomía de la voluntad es la piedra angular del Derecho Civil. Doctrinariamente se ha establecido que aquella autonomía otorga a los particulares la soberanía para autogobernarse dentro de la esfera de sus relaciones privadas. Tal autonomía posee pocos límites: la ley, la moral y el orden público. Por ello, ante tales limitaciones, en los derechos personales se ha planteado una cuasi omnipotencia privada. El objeto de este trabajo es descifrar si aquella autonomía privada, que permite la configuración de cuanto contrato atípico cruce el imaginario humano, se extiende a los derechos reales y si la libre constitución de estos derechos es un tema de orden público. De esta forma, se podrá concluir si los particulares pueden configurar novedosos derechos reales atípicos (tesis del *numerus apertus*) o, por el contrario, si existe una reserva legal respecto a qué derechos reales pueden los particulares configurar (tesis del *numerus clausus*). Con tal objeto, en el presente artículo se realiza un estudio que explora si los derechos reales son taxativos o meramente ejemplificativos en su tratamiento por el Código Civil ecuatoriano, para verificar si el sistema es *apertus* o *clausus*, y las razones que lo fundamentan.

Palabras clave

Derechos reales, *ius in rem*, *numerus clausus*, *numerus apertus*, autonomía de la voluntad, sistema abierto, sistema cerrado, Ecuador.

Atypical property rights between the myth and the legend: an analysis of systems numerous apertus and numerous clausus

Abstract

The party autonomy is the cornerstone on Civil Law subject. Doctrinally, it has been established that this autonomy gives individuals sovereignty to govern themselves within the sphere of their private relations. This autonomy has very few limits: namely law, morality and public order. Thus, contract rights have been imbued with a quasi private omnipotence. In this article we seek to decipher if this private autonomy – which allows the configuration of as many atypical contracts that cross the human imagination – extends to property rights, so that novel property rights not covered by the law may be established or if it is a public order topic that limits party

autonomy and demands property rights to be covered in legal codes prior to be created. For such an undertaking, it is necessary to construct an hermeneutical study about the tipicity (numerus clausus) or list without limitation (numerus apertus) on Ecuadorian Civil Code, with the motive to firstly verify the system chosen on Ecuador and the reasons that supports it.

Keywords
Civil Law, ius in rem, party autonomy, Property Law, numerus clausus, numerus apertus.

1. Introducción

"En materia contractual, la voluntad es soberana; es ella la que dicta el derecho"[1], escribía con encomio Arturo Alessandri alrededor de 1940 en sus apuntes de clase. Es en este sentido que las personas, en sus relaciones privadas, pueden dictarse el derecho para sí mismas, por lo que son soberanas y ostentan autonomía privada. En efecto, los particulares pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad para celebrar contratos y obligarse. Tal es la soberanía privada que, a pesar de que el libro IV del Código Civil ecuatoriano contenga disposiciones que regulan los contratos típicos y nominados[2], los particulares pueden celebrar novedosos contratos atípicos, en razón de su autonomía.

Poco importa que en la ley no se tipifiquen todos los contratos, pues la autonomía de la voluntad suple aquella falta con el fin de satisfacer los más diversos intereses de los particulares. Por consiguiente, al menos en materia contractual o, si se quiere, en cuanto a los derechos personales, como los particulares pueden crear contratos atípicos e innominados, existe una suerte de sistema abierto libre de creación por los particulares también conocido como *numerus apertus* de derechos personales[3].

No obstante, hay juristas que sostienen que la autonomía de la voluntad es tan amplia que incluso se extiende a otros derechos subjetivos, como los derechos reales. Existe de esta forma un sistema *numerus apertus* de derechos reales mediante el cual la autonomía de la voluntad no solo rige en materia de derechos personales, sino también —y con la misma intensidad— en materia de derechos reales y en el estudio de la propiedad[4]. Por consiguiente, en los sistemas de derechos reales *numerus apertus,* los particulares pueden constituir cuanto derecho real atípico cruce el imaginario humano.

Existe también un sistema de derechos reales contrario al sistema *numerus apertus,* llamado *numerus clausus* o sistema cerrado, en el cual existe una reserva legal de derechos reales. El sistema de derechos reales *numerus clausus* es el que ninguna persona puede, efectivamente,

1 Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los contratos*. Bogotá: Temis, 2011, p. 10.
2 Los contratos que prescriben las leyes son típicos y nominados. *Vid*. Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los contratos… Óp., cit*., p. 37.
3 Ghersi, Enrique. *Del númerus clausus al númerus apertus,* 2011. http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-5-del-numerus-clausus-al-numerus-apertus/ (acceso: 09/08/2016).
4 *Ibíd*.

constituir otros derechos reales que los establecidos por ley[5]. De esta forma, los particulares se ven limitados a un número determinado de derechos reales fijados de manera típica. Al respecto, Alessandri, Somarriva y Vodanovich manifiestan que "el número de derechos reales es cerrado [...] [cuando] sólo existen los tipos que las leyes expresamente establecen"[6]. Por consiguiente, la voluntad de los particulares reside en la elección del derecho real típico que más se ajuste a sus necesidades del momento, así como en su constitución según los requerimientos legales.

Entre ambos sistemas de derechos reales existe una clara contraposición. En el sistema cerrado de derechos reales existe un paternalismo del Estado para la regulación de las relaciones jurídicas, mientras que en el sistema abierto es latente la necesidad del individuo de autorregular sus intereses. De tal forma, es claro que establecer la manera de organizar las relaciones jurídicas no es materia sencilla. "[L]a disyuntiva de si las relaciones entre los miembros de la comunidad deben ser reguladas 'desde arriba' por el poder público, o por los propios 'interesados' según su voluntad, naturalmente dentro de ciertos límites"[7], es un asunto objeto de ardua discusión a nivel legislativo. Por esta razón, el presente artículo realiza un análisis de los sistemas de derechos reales para verificar a nivel jurídico cuál es el sistema más consistente; en especial, se examina los argumentos contra el sistema *apertus* para verificar cuál de ellos es fundado, además de analizarse el sistema ecuatoriano de derechos reales.

2. El sistema de derechos reales *numerus apertus*

El sistema *numerus apertus* consiste en la posibilidad de constituir derechos reales atípicos sustentándose principalmente en la autonomía de la voluntad. En tal sentido, es un sistema que entraña mayores libertades particulares que el *numerus clausus*, pues existe autodeterminación de derechos reales por el propio sujeto.

Respecto de las libertades, se ha establecido que el *numerus clausus* únicamente es justificable si no existiera otro medio para que el Estado limite los derechos reales y su contenido[8]. El Estado, al procurar el bienestar de sus ciudadanos, debe propender hacia una política legislativa de mínima intervención en sus libertades individuales. Por lo tanto, si existe un mecanismo para regular la creación de derechos reales sin prohibirlos, el Estado, en teoría, debería adoptarlo con el fin de otorgar libertad al tráfico jurídico y a la interacción en el mercado[9].

Un posible límite a la configuración desmedida de derechos reales se da a través de regulaciones a los negocios jurídicos. Por cuanto el negocio jurídico es un verdadero puente de acceso al derecho real, el Estado podría regular los derechos reales inconvenientes mediante el negocio jurídico, dotándose a su vez de buenos sistemas registrales.

---

5 *Vid*. Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Derechos Reales*. *Tomo II*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1999, p. 8.
6 Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovich, Antonio. *Tratado de los Derechos Reales*. *Tomo I*. Quinta ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 22.
7 Feigin de Bendersky, Martha. "La autonomía de la voluntad en materia de derechos reales". *Lecciones y ensayos* No. 31 (1966), p. 97.
8 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales: Numerus Apertus y Numerus Clausus*.Primera ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 513.
9 *Ibíd*.

En España, por ejemplo, hay un sistema *numerus apertus* y existe la Dirección General de Registro y de Notariado (en adelante, DGRN), que ha establecido pautas para la inscripción de nuevos derechos reales, limitando así su oponibilidad *erga omnes* como derecho real. En este sentido, los requisitos a cumplirse según la DGRN son:

- No basta la mera voluntad para la configuración de los derechos, aunque se reconoce su importancia en la misma, sino que la nueva figura debe reunir los requisitos típicos del derecho real: poder inmediato sobre la cosa o semejanza con otros derechos reales, es decir, debe tener los caracteres propios de los derechos reales.
- Es necesario cumplir unos requisitos de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de los derechos reales y las características externas que trascienden los terceros. Sobre todo, en cuanto a la forma necesaria para su acceso al Registro (documento público).
- Es necesaria la determinación del objeto y del contenido del derecho (facultades); lo que significa la perfecta descripción del objeto que se grava y del derecho (principio de especialidad, artículo 9 LH).
- Es necesario que exista una causa o razón que los justifique: como cumplir una necesidad socio-económica[10].

Se puede agregar como requisito que no basta que los particulares hayan constituido un derecho con ciertos propósitos y la instrumentación jurídica adecuada que hagan pensar que es un derecho real, ya que son las partes las que deben dejar en claro que los efectos que se quieren son reales y no personales[11]. En este sentido, si los particulares omiten especificar su deseo de efectos reales, la interpretación debe ser restrictiva y tendiente a efectos de derechos personales[12]. Por consiguiente, como se ha expuesto, los derechos reales en cierto sentido son regulables mediante requisitos de inscripción para su publicidad y oponibilidad hacia terceros.

No obstante, a pesar de la posibilidad de regular la oponibilidad mediante la inscripción, no es oportuno realizarlo puesto que ralentiza el sistema de inscripción. El registrador de la propiedad ya no debe realizar la sencilla tarea de registrar derechos reales delimitados con anterioridad, sino que se encarga de analizar en cada situación si el derecho que se quiere inscribir constituye un nuevo derecho real. Por tanto, el aceptar el sistema *apertus* mediante regulaciones a la inscripción ralentiza el sistema de título y modo.

A favor del *numerus apertus* se ha establecido que está más apegado a las necesidades actuales de la sociedad en sus relaciones jurídicas complejas. En el sistema *numerus clausus*, al existir una reserva legal de derechos reales, las posibilidades jurídicas de los particulares en cuanto a configuración de derechos reales se quedan enmarcadas en las establecidas por el legislador. En la medida en que no se puede confiar en que los legisladores hayan estado prestos a los negocios jurídicos que han adquirido tipicidad social[13], es necesario un sistema de autodeterminación de

10 Goñi Rodríguez de Almeida, María. "Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un numerus apertus en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. No. 693. (Enero-febrero 2006), pp. 311-315.

11 *Cfr*. Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil: derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. Séptima ed. España: Tecnos, 2005, p. 48.

12 *Ibíd*.

13 Lacruz Berdejo, José *et al*. *Elementos de Derecho Civil III: Derechos Reales,* volumen I. Tercera ed. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, S.A., 1990, p. 23.

derechos reales por el sujeto. Por lo tanto, a favor del sistema *numerus apertus* se argumenta que la autonomía privada no se puede suplir por una lenta actividad legislativa[14], y que es demasiado aspirar a que el legislador decimonónico haya previsto todas las posibilidades reales. Más aun, la problemática de la necesidad de un sistema apegado a los actuales requerimientos sociales se agrava en países como el Ecuador, donde sigue rigiendo un Código Civil decimonónico con derechos reales de sorprendente antigüedad.

No obstante, cabe preguntarse, si aparentemente el sistema *numerus apertus* presenta tales ventajas, por qué la mayoría de países tienen incorporado en su ordenamiento un sistema cerrado. En respuesta a la problemática, Ghersi[15] encuentra central un tema de costos[16]. La modernidad sustituyó el sistema de *numerus apertus* por el sistema *numerus clausus* dado que el costo de averiguar quién era el propietario era muy alto. De forma que "[…] [podía] ocurrir que justo la parte que te interesa de [un] […] bien, para hacer un negocio o desarrollar una explotación, sea justo la parte que un antepasado le entregó a alguien"[17]. Precisamente, al ser el costo de transacción tan alto, la solución fue centralizar los derechos reales mediante un sistema cerrado[18].

A pesar de la centralización, Ghersi establece que el derecho se direcciona hacia un sistema *apertus* de nuevo, pues los costos de transacción ya no son altos. Dada la reducción del costo de información "[h]oy día contar con un sistema de Registro Público barato, accesible, por internet, es una realidad […]. Es francamente muy barato, muy sencillo, establecer un sistema […] donde por lo menos la transparencia y la publicidad para terceros, queda asegurada fehacientemente"[19]. Por ello, parecería ser que al menos en cuanto a los costos el sistema *numerus apertus* hoy en día es posible, pero se debe analizar las razones jurídicas por las que los distintos ordenamientos y doctrinarios son renuentes al sistema.

3. Análisis de la crítica al sistema de derechos reales *numerus apertus*

3.1. Autonomía de la voluntad y derechos reales: ¿agua y aceite?

El sistema de derechos reales *numerus apertus* se sustenta principalmente en el principio de autonomía de la voluntad. Autores como Luis Díez-Picazo parecen establecer que la figura de la atipicidad es atinente a la contratación únicamente por cuanto la autonomía privada es propia de los contratos. Al respecto, este autor manifiesta, en cuanto a la posibilidad de establecer cuasicontratos atípicos, que:

> Un conocido trabajo de G. Ortega Pardo pretendió dar carta de naturaleza a los cuasicontratos atípicos. Sin embargo, el planteamiento me parece equivocado. Las ideas de tipicidad y

14 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistema de Derechos Reales… Óp. cit*., p. 513.
15 Enrique Ghersi es un jurista peruano, reconocido en Latinoamérica por sus trabajos en análisis económico del derecho. Es fundamental en el estudio del sistema *apertus*, puesto que es uno de sus mayores partidarios en Latinoamérica.
16 *Cfr*. Ghersi, Enrique. *Del númerus clausus al númerus apertus*… Óp. cit. (acceso: 09/08/2016).
17 *Ibíd*.
18 *Cfr*. *Ibíd*.
19 *Ibíd*.

> atipicidad se encuentran en función de la autonomía privada y pertenecen por ello al Derecho de Contratos[20].

Por consiguiente, si se concibe que la autonomía de la voluntad está fuera de los derechos reales, mal puede existir una tesis *numerus apertus.* Por tanto, es necesario verificar si el principio de autonomía de la voluntad se extiende solo a los contratos o también a otras áreas del derecho, como los derechos reales.

La autonomía de la voluntad ha sido definida "[por la] mayoría de autores [como] la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas"[21]. No obstante, a la definición citada cabría añadir que, más que una actividad, es un principio que rige en el Derecho. El principio de autonomía de la voluntad tiene conexión con la autodeterminación de las relaciones jurídicas y los derechos constitucionales de libertad. Indudablemente, la autonomía privada no solo es inescindible de los derechos constitucionales de libertad, sino que la libertad es su misma fuente; sin libertad no existe autonomía de la voluntad. Es tan clara esta estrecha vinculación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que el derecho a la libertad contractual —el cual es la más clara manifestación de la autonomía privada— está reconocido en la Constitución dentro de los derechos de libertad[22].

Incluso hay quienes sostienen que la autonomía de la voluntad es connatural al hombre al igual que la libertad. Posición que resulta interesante, pues la autonomía privada no es un derecho respecto del cual se pueda sostener como fuente a la dignidad humana, ya que es un principio del Derecho. Por el contrario, otra sección de la doctrina establece que es a través del Estado y el ordenamiento jurídico de donde nace el principio[23], pues mal podría existir un principio del Derecho sin que exista ordenamiento. Sin duda, se debe vislumbrar más allá de su aparente naturalidad al hombre, ya que es innegable que el ordenamiento jurídico le brindará eficacia a los negocios jurídicos[24].

La doctrina ha establecido a la ley, el orden público y las buenas costumbres[25] como límites a la autonomía de la voluntad, con el fin que la libertad no afecte a la comunidad. Legislativamente no ha sido sencillo fijarlos, ya que si se concibe una autonomía de la voluntad con pocos límites, supone una incontrolada libertad privada, lo cual afecta el orden social; mientras que extensos límites suprimen a la propia autonomía[26].

Es claro que la autonomía de la voluntad posee límites, pero ¿el Derecho de Contratos es su frontera, o es extensible a otras áreas del Derecho Civil?

---

20 Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. *La doctrina del enriquecimiento sin causa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 88.

21 Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 425.

22 El artículo 66 numeral 16 de la Constitución del Ecuador prescribe que "[s]e reconoce y garantizará a las personas: 16. El derecho a la libertad de contratación". Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 16. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

23 Wagner de Tizon, Claudia. *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*. Tesis doctoral. Universidad del Litoral, Santa Fe, 2011, p. 14.

24 *Ibíd*.

25 Acerca de los límites a la autonomía privada, *vid*. Díez-Picazo, Luis. *Sistema de Derecho Civil*, volumen I. Decimoprimera ed. Madrid: Tecnos, 2003, pp. 382-384.

26 *Cfr*. *Id*., p. 381.

En tanto la autonomía de la voluntad es un principio, no es solo aplicable al régimen contractual. Se trata de un principio vertical al Derecho Civil que tiene fuerte incidencia en todo el Código. En tal sentido, puede decirse que la autonomía de la voluntad es un *regulae iuris* al ser un principio general del derecho. Si bien el contrato es su máxima expresión, el principio se refleja en otras esferas, tales como los negocios jurídicos unilaterales como el testamento o el poder, en la elección de nacionalidad y domicilio civil, en el reconocimiento de hijos extraconyugales[27] y en la constitución de derechos reales.

El que exista una reserva legal en cuanto a la delimitación de derechos reales no implica que el sistema suprima la autonomía privada, sino que simplemente los particulares deben adecuar su voluntad dentro de los derechos reales legalmente previstos[28]. Por tanto, se puede colegir que aun en el sistema *numerus clausus,* la autonomía de la voluntad y los derechos reales no son agua y aceite, motivo por el cual al menos el argumento de la autonomía de la voluntad como fuente del sistema parece mantenerse.

3.2. Esquivando la problemática: ¿es posible pensar en nuevos derechos reales?

Los derechos personales de un contrato y los derechos reales pueden parecer figuras disímiles. Parece cuestionable afirmar que dado que se otorga eficacia a derechos personales atípicos, en la misma forma se deba permitir derechos reales atípicos.

De modo general, a pesar de que los derechos personales y reales tengan en común partir de los derechos subjetivos[29], sus diferencias son cuantiosas. En el deseo de encontrar una forma de comparar figuras disímiles y ver sus límites, es necesario adoptar una metodología no muy frecuente.

Según Leopoldo Peralta Mariscal, en el estudio tanto de los derechos reales como de los derechos personales, existen dos tipos de estructuras: complejas y simples[30]. En cuanto a derechos personales, establece que son estructuras complejas los contratos que el Código Civil regula en configuraciones típicas (compraventa, arrendamiento, mandato, etcétera)[31]. Más aun, la tipicidad de estas estructuras es tal que el Código Civil no solo prescribe contratos típicos en calidad de estructuras complejas, sino que regula sus subtipos contractuales (mandato representativo o mandato no representativo, compraventa de muebles e inmuebles, etcétera)[32].

---

27 *Cfr*. Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. *Óp. cit*., p. 426.

28 En este sentido, Daniel Peñailillo Arévalo pone como ejemplo que incluso en el usufructo legal del marido "hace falta que tengan lugar, junto al precepto legal que los establece, se agreguen otros supuestos (que haya matrimonio, por ej.), en lo que es decisiva la voluntad de los particulares". Peñailillo Arévalo, Daniel. *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*. Segunda ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 20.

29 *Vid*. Parraguez Ruiz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*: *Libro Cuarto Teoría General de las Obligaciones*, volumen I. Loja: Talleres Gráficos de la UTPL, 2000, p. 15.

30 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales: Numerus Apertus y Numerus Clausus… Óp. cit.,* p. 39.

31 *Vid*. Código Civil ecuatoriano título XXII compraventa, título XXIII permuta, título XXIV cesión de derechos, título XXV arrendamiento, título XXVI sociedad, título XVII mandato, título XVIII comodato, título XXIX mutuo, título XXX depósito, título XXXI contratos aleatorios, título XXXIV fianza, título XXXV prenda, título XXXVI hipoteca, título XXXVII anticresis y título XXXVIII transacción.

32 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales: Numerus Apertus y Numerus Clausus… Óp. cit.,* p. 39.

Las estructuras simples de derechos personales, en cambio, son las prestaciones[33], las cuales el Código Civil prescribe como dar, hacer y no hacer. A su vez, estas estructuras simples tienen regulaciones en sus subtipos (prestaciones de dar cosas ciertas, inciertas, sumas de dinero, etcétera)[34].

Por otra parte, en materia de derechos reales, se puede hacer la misma catalogación con el método estructural. Al igual que los contratos, los derechos reales también son estructuras complejas[35]. Al ser los derechos reales estructuras complejas, están compuestas de estructuras simples que vendrían a ser los atributos del dominio (*ius utendi, ius fruendi* e *ius abutendi*)[36].

Tanto los derechos personales como los reales poseen estructuras complejas conformadas a manera de células de estructuras simples. Mientras que las estructuras simples de derechos personales son prestaciones equivalentes a las posibilidades que una persona puede realizar como deudora de otra, las estructuras simples de derechos reales son los atributos del dominio que una persona puede tener respecto de una cosa[37].

Las estructuras simples de los derechos personales como las de los derechos reales son limitadas. Así, en los derechos personales las prestaciones configuran una nueva frontera; son limitaciones de hecho. No es del caso que los particulares no puedan pactar cosas distintas, sino que la realidad es un límite[38]. Sencillamente no se pueden concebir otras prestaciones que las de dar, hacer o no hacer[39]. En realidad, no es que los particulares no tengan la facultad de crear negocios jurídicos con otras prestaciones, sino que al versar sobre conductas humanas, no es posible realizar otras que las previamente establecidas. Corresponde a los particulares encajar su autonomía privada dentro de las prestaciones posibles materialmente[40], pero las posibilidades de creación de estructuras complejas parecen ser infinitas.

En cuanto a las estructuras simples de derechos reales, al ser tres los atributos del dominio, se dificulta de sobremanera pensar en infinitos derechos reales atípicos. Si se toma en cuenta que los derechos reales son combinaciones del desmembramiento de los atributos del dominio que se estructuraron desde los albores del Derecho Romano hasta nuestros días, la cabida de un nuevo derecho real no imaginado hasta el presente parecería ser impensable.

Este ha sido uno de los argumentos alegados contra el sistema *numerus apertus* con el fin de evitar entrar a la discusión; puesto que si es imposible el pensar en otro derecho real no creado, la discusión es infructífera. No obstante, los derechos personales se encuentran limitados por un número finito de estructuras simples, y a pesar de ello, no hay dificultades en idear un número infinito de derechos personales. Probablemente, exista más dificultad en proponer nuevos derechos reales, teniendo en consideración que estos aterrizan sobre objetos materiales, mientras

33 *Ibíd*.
34 *Ibíd*.
35 *Id*., p. 40.
36 *Ibíd*.
37 *Ibíd*.
38 *Ibíd*.
39 *Ibíd*.
40 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales…* Óp. cit. p. 39.

que los personales lo hacen sobre situaciones debitorias en un mundo jurídico. Planiol y Ripert establecen que "esta creación de nuevos derechos reales por voluntad del hombre tropieza con obstáculos jurídicos que la hacen extremadamente rara en la práctica"[41]. Empero, lo improbable no es imposible.

Los mismos Planiol y Ripert aceptan la posibilidad de que existan otros derechos reales no contemplados en la ley. De esta manera, concluyen que "el derecho real […] no puede ser más que un desmembramiento del derecho anterior. La ley ha previsto la mayor parte de estos desmembramientos, aunque se puede imaginar algunos otros"[42].

Por otro lado, para Luis Díez-Picazo, en cuanto a los derechos reales de cosa ajena:

> no es posible una figura jurídica que no sea una de las tipificadas legalmente, aunque con otro contenido. [No obstante, aquello no significa que no existan otros derechos reales] La cuestión queda circunscrita a los derechos de adquisición preferente (tanteos básicamente) y cargas reales[43].

Albaladejo plantea que:

> [D]epende de la imaginación que se tenga. Por ejemplo: derecho de adquisición, no de la propiedad de una cosa, como, por ejemplo, en los retractos normales, sino de un derecho de goce (si vendes tu finca, puedo retraer su usufructo o un derecho de habitación; lo que, dicho sea de paso, sería más justo que muchos retractos vigentes); derecho de goce, no total sobre una finca, sino sólo a percibir cierta clase de frutos; servidumbres establecidas sobre bienes muebles (que no hay por qué rechazar, si se piensa en que hay usufructos de muebles), como el derecho a utilizar una plaza en tu medio de transporte de viajeros o a llevar tu caballo o tus perros en mis cacerías o que éstos custodien mi finca en días festivos, que falto de ella, o a guardar mis joyas en tu caja fuerte; derecho a recibir una pensión sobre un bien mueble, como el gravar con ella la propiedad de un camión o vagón de ferrocarril, etcétera. Esos casos (algunos de los cuales caben, como especificaciones, bajo ciertas figuras de derechos reales típicos) no se diga que verdaderamente son todos englobables bajo otro derecho real típico[44].

Resulta fácil esquivar la problemática, decantarse por que la cuestión no amerite mayor atención dada su supuesta imposibilidad material. No obstante, aun si se acepta la imposibilidad de crear nuevos derechos reales, la discusión sigue abierta.

Dado que ningún ordenamiento incorpora todos los derechos reales o les da carácter de derecho personal o los ha derogado como suele suceder con el derecho real de censo[45], es discutible que los particulares pueden configurar derechos reales no previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

---

41 Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés: Los Bienes*. *Tomo III*. Habana: Cultural. S.A., 1946, p. 55.

42 *Ibíd*.

43 Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil: derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. 7ma. ed. España: Tecnos, 2005, p. 49.

44 Albaladejo, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. *Derecho de cosas*. Bolonia: Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia, 1964, p. 28. En Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales*… Óp. *cit*., p. 371.

45 El derecho de censo estuvo vigente en el Ecuador hasta 1930. El artículo 568 del Código Civil prescribía que "el derecho de censo es personal en cuanto puede dirigirse contra el censatario, aunque no esté en posesión de la finca acensuada, y real en cuanto se persiga ésta". Código Civil. Artículo 568. Registro Oficial Suplemento No. 352 del 20 de junio de 1930. En esta cuestión resalta el orden público. Si el legislador ha derogado al censo del Código Civil, el cual estuvo presente hasta el Código de 1930, resulta claro que era de interés público que no se siga constituyendo esta clase de derecho real.

3.3. La alteración al orden público del sistema *apertus*

Probablemente el principal argumento contra el sistema *apertus* es el orden público. Si las leyes que establecen el derecho de propiedad, por su afectación a terceros y a la organización social de los Estados interesan al orden público[46], es reprochable que los particulares, mediante su autonomía de la voluntad, puedan crear derechos reales de afectación a terceros. De forma que existe un límite a la autonomía de la voluntad mediante el orden público.

En el caso de los derechos personales, es claro que los particulares pueden configurar los contratos atípicos que crean convenientes por la relatividad del contrato[47]. El *res inter alios acta* impone que el contrato tiene efectos *inter partes*, sin que pueda afectar de forma alguna a terceros protegidos a través de una inmunización[48]. La esfera del contrato afecta únicamente a las partes que han afligido su patrimonio y que han tenido la voluntad de obligarse, inmunizando a terceros mediante la inoponibilidad del contrato[49].

Por ello, los particulares pueden imponer los derechos y obligaciones que consideren necesarios, gravándose de formas únicas, sin requerimiento de tipicidad, ya que la voluntad del contrato es tal y los terceros son inmunes. Muy por el contrario, la situación de los derechos reales es completamente distinta. Todo derecho real es *erga omnes* e impone un deber de respeto de terceros hacia la relación jurídica.

El derecho real es amparado por una acción real oponible a terceros que vincula a quienes no lo han acordado. Resulta lógico que una autonomía de la voluntad que ha sido entregada a los particulares para que se autogobiernen en la esfera de sus relaciones privadas, se limite cuando dicha autonomía opere como una ley no solo para los contratantes, sino también para el resto de las personas que no lo han acordado, y que sin embargo les es oponible.Precisamente el orden público en derechos reales fue materia de debate entre Jean-Charles Florent Demolombe y François Laurent en el Derecho francés. Demolombe, por una parte, expuso el argumento de la tipicidad de los derechos reales basado en que los particulares no pueden pactar convenciones que vayan en contra de las normas de orden público.

En este sentido, pertenecen al orden público, según Demolombe, todas aquellas que afecten a terceros o al público en general, a la seguridad de las convenciones, o a los modos de adquirir los bienes[50]. Por el contrario, Laurent refutó estableciendo que en las premisas de Demolombe

---

46 *Vid*. Aguilar, José Luis. *Cosas, Bienes y Derechos Reales: Derecho Civil II*, volumen II**.** Octava ed. Caracas: Universidad Andrés Bello, 2007, p. 117.

47 *Vid*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales… Óp. cit.*, pp. 69-70.

48 En el Ecuador, si bien no hay una norma expresa de la relatividad del contrato, el *pacta sunt servanda* en el Código Civil manda que todo contrato es ley para las partes, pero no así para terceros. El *pacta sunt servanda* está contemplado en el Código Civil ecuatoriano en el artículo 1561. Código Civil. Artículo 1561. Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005.

49 Un claro ejemplo es la venta de cosa ajena que en el sistema de Bello por el sistema de título y modo es válida, pero inoponible para el verdadero dueño de la cosa vendida. El artículo 1754 del Código Civil ecuatoriano prescribe que "la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso del tiempo". Código Civil. Artículo 1754. Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005.

50 Leopoldo Peralta lo resume de modo similar, pero preferimos referir el texto original de Demolombe, en francés, para que el lector lo confronte. *Cfr*. Demolombe, Charles. *Cours de Code Napoléon*. Tome Neuviéme. París: Auguste Durand, p. 452.

existe una falta de demostración de que sea de interés general para la nación que el propietario esté limitado para establecer derechos reales sobre sus inmuebles[51].

Al igual que Demolombe, Vélez Sarsfield[52] consideraba que el sistema abierto afecta al orden público y produce efectos nefastos en la sociedad. Según él, en la Edad Media los Estados europeos crearon libremente derechos reales sobre la propiedad. Un ejemplo es que existía el arrendamiento perpetuo, que creaba un derecho sobre los inmuebles que, en efecto y sobre la cosa, se constituía la deuda[53], de forma que el acreedor de la renta perpetua podía perseguir a cualquiera que fuera propietario del inmueble. Sucedía también, durante la Edad Media, que una persona era propietaria del terreno y otro lo era de los árboles del mismo[54]. De tal manera, la propiedad se iba a la ruina[55].

La libre configuración de derechos reales afecta al orden público no solo por su afectación a terceros, sino también porque en situaciones de constitución desmedida de derechos reales sobre una misma cosa se atenta la libertad de explotación y circulación[56]. Tan solo basta imaginar el problema en la sucesión de múltiples derechos reales sobre una misma cosa durante la Edad Media: resultaba muy complejo el dividirla, lo que a su vez imposibilitaba su explotación y circulación[57]; debido a que al ser varios los particulares con derechos sobre la cosa, la delimitación de sus derechos era más dificultosa y la explotación del bien se veía comprometida. Por tanto, el sistema abierto es un constante freno a la libre circulación de los bienes que causa sufrimiento a terceros por cuanto les otorga cargas que jamás consintieron y que no les genera ninguna utilidad[58].

Un problema relacionado con el orden público es el de la publicidad de los derechos reales creados originalmente por los particulares. Si los particulares configuran un nuevo derecho real inexistente en el mundo hasta el momento, surge la duda respecto de cómo puede el tercero respetar un derecho real que posiblemente no conoce su existencia y contenido en situaciones como los derechos reales de cosa mueble que no se inscriben. Sin embargo, consideramos que aquello no es un problema, pues las personas tienen un deber de respeto a todo aquello que no es propio con independencia del derecho real. Así, no importa si se trata de dominio o de un derecho real de prenda, basta que la cosa no pertenezca al tercero para que este tenga la certeza de que existe un titular de un derecho sobre la cosa al cual le debe respeto en su relación jurídica sin necesidad de que conozca su contenido. En todo caso, ante la duda del contenido, el tercero deberá el respeto que confiere la propiedad, el cual, al ser el derecho real por excelencia, confiere

51 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales…* Óp. cit., p. 515.

52 Dalmacio Vélez Sarsfield fue un jurista argentino del siglo XIX conocido principalmente por su autoría del Código Civil de Argentina de 1869. Es fundamental para el estudio del sistema *numerus clausus*, puesto que fue el causante que en Argentina prime dicho sistema.

53 *Cfr*. Nota al artículo 2502 del Código Civil de la República Argentina con las notas de Vélez Sarsfield y Legislación Complementaria. Buenos Aires: LAJOUANE EDITORES, 1974. pp. 448-449.

54 *Ibíd*.

55 *Ibíd*.

56 *Ibíd*.

57 *Ibíd*.

58 Díez-Picazo, Luis. *Sistema de Derecho civil: derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral…* Óp. cit., p. 47.

el mayor de todos los respetos.

Más aun, incluso en los derechos personales es aceptado que los terceros no deben interferir en la relación jurídica. Según Abeliuk:

> [E]l contrato puede limitarse a conferir derechos personales y establecer obligaciones. Pues bien, nadie podrá negar la existencia del crédito y la deuda, la calidad de acreedor del titular del primero, y de deudor del obligado. Todas estas calidades son oponibles, por regla general, a terceros, quienes no pueden desconocerlas. Y así, en la quiebra concurren todos los acreedores verificando sus créditos, esto es, haciendo valer los que tengan en contra del fallido. Los demás acreedores no podrán negarle al verificante su calidad de acreedor diciendo que el contrato que le otorgó tal calidad no les afecta, porque es oponible a ellos[59].

Otro tanto ocurre con el convenio arbitral, dado que "todo aquel que es absolutamente tercero a la relación jurídica debe respetarla, […] ningún tercero —en especial los jueces— puede desconocer los efectos de un convenio arbitral válidamente celebrado, por lo que deben abstenerse de inmiscuirse en el proceso arbitral"[60]. Por ello, incluso en los derechos personales es usual la no interferencia de terceros en la relación jurídica.

Por consiguiente, verdaderamente no es un problema la falta de publicidad del derecho real nuevo, pues tanto en los derechos reales como en los personales es frecuente el desconocimiento de su contenido por parte de terceros; pero aun así persiste el deber de respeto y abstención hacia la relación jurídica. Sin embargo, como ha quedado anotado, no sucede lo mismo respecto del argumento del orden público, que sin duda es plenamente cimentado, y en definitiva, tal como lo expuso José Servat Adúa en 1948:

> Si se diera a la voluntad humanai [sic] la más plena autonomía a este respecto, ¿no se introduciría la anarquía y el caos en nuestro ordenamiento inmobiliario? ¿No se desnaturalizaría el Registro subordinando al arbitrio de la libertad de contratación el mayor o menor ámbito de su misión protectora? ¿No se dificultaría el tráfico sobre inmuebles al multiplicarse sus gravámenes? ¿No sobrevendría fatalmente el descrédito de todo el sistema inmobiliario[61].

3.4. La visión económica: ¿un problema de subexplotación?

En cuanto a los argumentos económicos, en la actualidad se ha constituido lo que se conoce como la tragedia de los anticomunes, la cual, en la clásica expresión de Frank Michelman, sucede cuando nadie puede usar ni explotar un bien, pero todos tienen derecho de exclusión del resto de personas de forma que no lo hagan[62]. No obstante, aquella tragedia ocurre muy pocas veces en la práctica[63], de modo que Heller ha establecido una variación que resulta aplicable a la problemática de la aceptación del sistema *apertus*[64].

---

59 Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Tomo I. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 134.

60 García Larriva, Hugo. "Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica". *Iuris Dictio* XV/13, (2013), p. 173.

61Servat, José. "Derechos Reales y Pactos de Trascendencia Real". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. No. 247 (Diciembre 1948), p. 752.

62 *Cfr*. Heller, Michael. "The Tragedy of anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets". *Harvard Law Review* 111/3 (1998), p. 667.

63 "However, Michelman's definition of anticommons has virtually no counterpart in real-world property relations". *Ibíd*.

64 *Vid*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales… Óp. cit*., p. 554.

La tragedia de Heller ocurre cuando "muchas personas tienen derecho a excluir respecto de una cosa el uso de las demás y, a su vez, su derecho de explotación se encuentra acotado, no pudiendo usarla libremente, por lo menos en plenitud"[65]. Tragedia que tiene incidencia en los derechos reales puesto que al no existir reglas claras sobre la resolución de los conflictos en estos nuevos derechos reales, se hace más difícil la explotación, lo cual conllevaría a una subexplotación de los recursos afectándose así la productividad de los bienes[66].

Sin duda en el sistema *apertus* existe una excesiva fragmentación de la propiedad, lo "que daría lugar a la creación de un número demasiado grande de personas titulares de un derecho de veto acerca del uso de los bienes, lo que causaría un goce escasamente productivo, antieconómico y, en definitiva, antisocial"[67]. Cuestión que da ventaja al *numerus clausus* pues, a diferencia del sistema abierto, no produce subexplotación[68].

De igual forma, el sistema abierto genera desconfianza hacia la inversión, puesto que mientras más derechos reales existan sobre la misma propiedad menos productiva será, ya que producirá desconfianza hacia la inversión debido a que es más riesgosa[69]. *A contrario sensu,* los derechos de propiedad bien delimitados, sin otros derechos reales, promueven la producción y son un incentivo debido a que esta se hace más segura[70]; y dado que el sistema cerrado delimita adecuadamente la propiedad, debe tener primacía sobre el sistema *apertus*.

3.5. El argumento histórico: vaivén entre el *numerus apertus y el numerus clausus*

El tratamiento de la historia acerca de cuál de los sistemas de derechos reales nació primero no ha sido uniforme. Los autores que se han decantado por el sistema cerrado esgrimen su antigüedad frente al sistema abierto, basados en el Derecho Romano y aduciendo que el sistema abierto nació en el feudalismo[71]. Por el contrario, los partidarios del sistema abierto refutan aquella hipótesis y plantean que este nació primero, fundamentando su tesis, de igual manera, en el Derecho Romano[72]. Por tanto, resulta sumamente dificultoso establecer cuál de los sistemas es más antiguo y ha tenido un desarrollo mayoritario en la historia.

En cuanto a los partidarios del sistema abierto, se dice que en la Roma republicana existía una primacía del sistema *numerus apertus*. En este sentido, Ghersi, partidario del *numerus apertus*, en una conferencia dictada en la Universidad Francisco Marroquín, explica que "[en] la Roma republicana, entonces, el procedimiento de creación de derechos reales fue un procedimiento, fue un sistema, de número *apertus*. Era posible crear a través de un sistema de servidumbres, el derecho real que fuera necesario"[73]. Lo que se basa en que la propiedad era una cualidad

65 *Id.*, pp. 554-555.
66 *Cfr*. *Ibíd*.
67 Rodríguez de Almeida, Goñi. "Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un numerus apertus en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad"… Óp. *cit*., p. 2268.
68 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales… Óp. cit*., p. 550.
69 *Ibíd*.
70 *Cfr*. *Id*., p. 552.
71 *Ibíd*.
72 *Vid*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales… Óp. cit*., pp. 74-75.
73 Ghersi, Enrique. *Del númerus clausus al númerus apertus***.** Óp. cit. (acceso: 09/08/2016).

de la cosa, y los derechos reales, que hoy en día son desmembratorios, en aquella época eran servidumbres[74]. En ese entonces, el Derecho Romano permitía a los particulares crear cualquier tipo de servidumbres como limitaciones al dominio, por lo que el sistema *numerus apertus* tendría vigencia en el Derecho Romano[75]. Posteriormente, el Derecho Romano tardío o justinianeo se basó en una concentración de poder, de la cual los derechos reales no fueron la excepción, por lo que se cambió del sistema *numerus apertus* al *numerus clausus*[76].

En sentido contrario, el partidario del *numerus clausus*, Dalmacio Vélez Sarsfield plantea en sus comentarios al artículo 2502 del antiguo Código Civil argentino que "el Derecho Romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales"[77]. De igual forma, Edmundo Gatti y Jorge Alterini, comentando la opinión de Vélez Sarsfield, consideran que "[e]l derecho romano se pronunció en contra de la creación de derechos reales por los particulares y no reconoció además de la propiedad sino un número reducido"[78].

Posteriormente, para los partidarios de ambos sistemas, en la Edad Media existió un cambio entre el sistema cerrado del Derecho Romano tardío hacia un sistema abierto de derechos reales[79]. Aquello se justificó en que al caer Roma, se desintegró el Estado y se dio inicio al feudalismo. Por ello, la propiedad se repartió generalmente a los nobles y se gravó de muy diversas maneras. Al respecto, Ghersi establece que durante la Edad Media existía:

> [U]na limitación de capital, no hay capital ni humano ni monetario, y hay una disposición abundante de bienes que no pueden ser aprovechados eficientemente porque no hay quien los aproveche. Desaparece el capital monetario con la crisis de los Estados antiguos y desaparece el capital humano con las invasiones bárbaras. La gente que sabía hacer cosas, al final del Imperio Romano, pierde el conocimiento como consecuencia de las invasiones bárbaras, entonces ocurre una situación sumamente singular […] ¿Quiénes son los titulares de los bienes? Generalmente los nobles que por conquista militar han adquirido la titularidad de los bienes, la posesión física de los bienes, y no tienen ni conocimiento ni capital monetario para financiar su explotación. Comienza así, en la Edad Media, uno de los más fascinantes procesos de derechos reales por número apertus del que se tenga noticia en la historia de la humanidad. Se divide el dominio útil del dominio directo en la Edad Media. El dueño, el titular de la propiedad, tiene el dominio directo pero no tiene ni el conocimiento ni el capital para explotar el recurso ¿Qué debe hacer? Enajenar el dominio útil a quien tenga el conocimiento y/o el capital para explotar el recurso a cambio del pago de una renta para tal efecto[80].

Así, existió un problema de escasez de propiedad privada en materia inmobiliaria, en el sentido de que no estaba repartida en la población, sino solamente entre pocos nobles. Por consiguiente, a fin de que los bienes puedan ser explotados, no se repartió el dominio a través de parcelas de

74 *Cfr*. *Ibíd*.
75 *Cfr*. *Ibíd*.
76 *Cfr*. *Ibíd*.
77 Nota al artículo 2502 del Código Civil de la República Argentina con las Notas de Vélez Sarsfield... Óp. *cit*., pp. 448-449.
78 Gatti, Edmundo, y Alterini, Jorge. *El Derecho Real: Elementos para una Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988, p. 78.
79 *Vid*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales… Óp. cit*., pp. 74-75.
80 Ghersi, Enrique. *Del númerus clausus al númerus apertus… Óp. cit*. (acceso: 09/08/2016).

propiedad con todos sus atributos, sino que se fragmentó el dominio, otorgando únicamente el dominio útil a los vasallos del señor feudal, teniendo como contraprestación[81] dinero o servicios personales para la explotación de los inmuebles.

De esta forma, durante la Edad Media se divide el dominio útil del dominio directo. Esto es algo que se ha llamado en economía "amortización de la propiedad"[82]. Al configurar múltiples derechos reales para separar la explotación del dominio mismo, se da muerte a la propiedad privada generando a su vez el severo problema de subexplotación mencionado. Al respecto, Lacruz Berdejo explica que

> [E]ra frecuente […] que la posición jurídica del "propietario" de la tierra se hallase limitada y desvalorizada por múltiples derechos del señor; comprarle la sal; soportar derechos de caza, de pastos, de leñar, de pesca, de paso… A veces, había varios dueños sucesivos, desde el cultivador hasta el príncipe. Esta estructura de los derechos sobre las cosas fraccionaba el goce económico de los bienes al distribuir las rentas conseguidas con el trabajo y el capital de un único empresario entre una pluralidad de titulares de dudosa legitimación, al par que desanimaba la iniciativa productiva del empresario agrícola y el tráfico de los bienes, tanto a causa de la incertidumbre de los derechos como de la certeza de no obtener el dueño inferior para sí el resultado total de su esfuerzo[83].

Al llegar la Modernidad, de nuevo ocurrió el vaivén: la Revolución Francesa terminó por destruir a los sistemas feudales. El 4 de agosto de 1789 se erigió el lema de que "la Asamblea Nacional debe destruir totalmente la feudalidad"[84], y a través de decretos poco a poco se fueron suprimiendo las cargas reales y redistribuyendo los inmuebles confiscados a la nobleza y al clero, entregándolos a la burguesía y estatuyendo una propiedad como derecho fundamental, sacro e inviolable[85]. Así, resulta sorprendente que uno de los principales argumentos del sistema abierto sea la defensa de la libertad como derecho fundamental, ya que en los primeros borradores del Código Civil francés, los legisladores pretendían derogar la feudalidad y las sobrecargas de derechos reales que atentaban contra derechos fundamentales[86].

Al final de este proceso, el Código Civil alemán de 1900 (BGB), por influencia de la Revolución Francesa, terminó por acogerse al sistema *clausus*, de modo que los particulares tenían que regirse a los derechos reales legalmente contemplados[87], y el sistema *clausus* tuvo primacía en el siglo venidero.

---

81 Puede parecer extraño que al hablar de derechos reales se establezcan contraprestaciones que serían más propias de los derechos personales, pero en la Edad Media se rompe con aquella fórmula más romanista y no se hace mayor distinción entre derechos reales y personales. Al respecto, Gatti y Alterini manifiestan que "la postura romanista se disloca cuando se examina el régimen feudal de los derechos reales, que al desdibujar la distinción derechos reales y personales, no encuentra inconveniente en admitir que ciertos derechos reales impongan en el lado pasivo prestaciones positivas ('in faciendo'). Esas prestaciones consistían en ese sistema tanto en el pago de una suma de dinero, en la entrega en especie y hasta en la prestación de servicios personales". Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge. *El Derecho Real… Óp. cit*., p. 66.

82 *Vid*. Ghersi, Enrique. *Del númerus clausus al númerus apertus***.** *Óp. cit*. (acceso: 09/08/2016).

83 Lacruz Berdejo, José *et al*. *Elementos de Derecho Civil… Óp. cit*., p. 22.

84 Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales*. *Óp. cit*., p. 118.

85 *Cfr*. *Ibíd*.

86 *Cfr*. Struycken, T.D.H. "The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property". *Party Autonomy in International Property Law* (2011), p. 70.

87 Lacruz Berdejo, José *et al*. *Elementos de Derecho Civil… Óp. cit*., p. 22.

4. El Derecho Comparado y el caso ecuatoriano

Es tarea interpretativa descifrar cuál es el sistema adoptado por los legisladores en los diversos Estados, cuestión que no ha sido uniforme. De manera general, los Códigos Civiles suelen enlistar los derechos reales[88], de modo que antes de calificar a un Código como número *apertus* o *clausus*, primero hay que interpretar la taxatividad o mera ejemplificatividad de los artículos en cuestión.

En España, por ejemplo, se ha establecido un sistema de *numerus apertus* por cuanto el artículo 2 *in fine* de la Ley Hipotecaria establece que se pueden inscribir los títulos referidos a "derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y **otros cualquiera reales** (énfasis añadido)"[89]. Por tanto, el artículo en cuestión, al no agotar todos los tipos, es meramente ejemplificativo. Adicionalmente, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario manda que no solo son inscribibles los títulos previamente establecidos, sino:

> **[C]ualesquiera otros relativos derechos de la misma naturaleza** así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, **sin tener nombre propio en derecho***,* modifique desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (énfasis añadido)[90].

Por esta razón, la interpretación al sistema de derechos reales en España es abierta y de esa manera se ha expresado la DGRN en sus resoluciones[91].

En Argentina, por el contrario, el antiguo Código de Vélez Sarsfield optó por el sistema *numerus clausus*, así que su artículo 2502 prescribe que "[l]os derechos reales solo pueden ser creados por la ley […]"[92]. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1884, prescribe que "[l]a regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida solo por la ley […]"[93].

Por su parte, el Código Civil ecuatoriano, en el artículo 595, después de definir a los derechos reales, los enlista: "son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca"[94]. Por consiguiente, es tarea de la hermenéutica descifrar si dicho artículo es taxativo o meramente ejemplificativo, a fin de establecer el sistema de derechos reales ecuatoriano.

En el Ecuador, por influencia del Código Civil chileno de Andrés Bello, la teoría más aceptada es que la enumeración del artículo 595 es meramente ejemplificativa. El artículo únicamente prescribe que son derechos reales los enumerados, pero no que estos sean los únicos. Ciertamente, la enumeración del Código es mucho más extensa y completa que la de otros Códigos, lo

---

88 Cuestión que tampoco es uniforme porque existen Códigos Civiles (como el de Venezuela) que no enlista los derechos reales.
89 Ley Hipotecaria. Artículo 2. Boletín Oficial del Estado No. 58 del 27 de febrero de 1946.
90 Reglamento Hipotecario. Artículo 7. Boletín Oficial del Estado No. 106 del 16 de abril de 1947.
91 *Vid*. Lacruz Berdejo, José *et al*. *Elementos de Derecho Civil… Óp. cit*., p. 26.
92 Código Civil de la República Argentina. Artículo 2502. Ley No. 340 del 29 de septiembre de 1869.
93 Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1884. Ley 26. 994
94 Código Civil. Artículo 595. Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005.

cual podría llevar a pensar que por esa razón debe entenderse como taxativa. No obstante, la tipicidad de la norma no es cerrada, ni establece restricción alguna referente a su delimitación[95]. Más aun, toda prohibición o delimitación en el Derecho debe ser diáfana y manifiesta, para que el ciudadano común esté consciente de las conductas no permitidas. Ante la duda, debemos optar por la teoría de que no existe prohibición.

En la doctrina chilena y ecuatoriana existe unanimidad tendiente a que, en ambos Códigos, el artículo de la enumeración de derechos reales es ejemplificativo. No obstante, aquello no significa que exista un sistema abierto, pues en el Ecuador existe un sistema *numerus clausus* y así lo reconoce una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que manifiesta "que no existen otros derechos reales que los que la ley taxativamente señala"[96].

Parecería que existe una contradicción ya que la mera ejemplificación es la base del sistema *apertus*, pero en realidad no la hay. Si el artículo es ejemplificativo, únicamente significa que no engloba todos los derechos reales del ordenamiento jurídico, pero sin duda los derechos reales están legalmente contemplados. Prueba de esta suerte de sistema híbrido —ejemplificativo y cerrado a la vez— es que en la antigua Ley de Minería del Ecuador, de 1991, se establecía un derecho real de concesión minera[97], de modo que la mera ejemplificación del artículo 595 del Código Civil y el carácter de sistema cerrado quedan configurados.

Puede cuestionarse por qué al haber en el Ecuador una lista de derechos reales meramente ejemplificativa en el Código Civil, a la par existe un sistema *numerus clausus*. Si bien en el Ecuador no existe una prohibición legal tan categórica como en Argentina, la autonomía de la voluntad tiene como límite el orden público, así que una norma que establezca que el sistema es cerrado resulta vana, superflua. Por esta razón, a pesar de que la Ley de Registro ecuatoriana en su artículo 25 prescriba que se sujetan al registro los siguientes:

> […] d) Los títulos constitutivos sobre bienes raíces de los derechos de usufructo, de uso, de habitación, de servidumbres reales **y de cualquier otro gravamen, y en general, los títulos en virtud de los cuales se ponen limitaciones al dominio sobre bienes raíces;** […] (énfasis añadido)[98].

Aunque la norma sea de algún modo similar a la Ley Hipotecaria española, en el Ecuador predomina el sistema cerrado, pues la delimitación de derechos reales es considerada un tema de orden público.

5. Conclusiones

No existe un sistema perfecto de derechos reales, pues ambos presentan ventajas y desventajas.

---

95 *Cfr*. Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado: de los bienes*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 1979, p. 35.

96 Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 76-2003, Registro Oficial No. 86 del 21 de mayo de 2003.

97 "La concesión minera es un derecho real e inmueble, distinto e independiente al de la propiedad de la tierra en que se encuentra aunque ambas pertenezcan a una misma persona. El derecho real que emana de la concesión minera es oponible a terceros, transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y, en general, de todo acto o contrato, excepto el de constitución de patrimonio familiar […]". Ley de Minería. Artículo 7. Registro Oficial No. 695 del 31 de mayo de 1991.

98 Ley de Registro. Artículo 25. Registro Oficial No. 136 del 28 de febrero de 1980.

No obstante, la balanza parece inclinarse sobre el sistema cerrado. A pesar de que consideramos que existan varias objeciones que no le hacen justicia al sistema *numerus apertus* —tales como la falta de autonomía de la voluntad en áreas fuera de los contratos, la imposibilidad de idear otros derechos reales jamás contemplados, y el problema del respeto al derecho real por desconocimiento de su contenido—, otras críticas parecen ser bastante acertadas.

Indudablemente el orden público juega un papel principal en la elección del sistema. Otorgar a los particulares la posibilidad de imponer cargas a terceros de manera desmedida no es la mejor alternativa. A través de la asamblea legislativa, han sido los propios particulares —mediante sus representantes— quienes han delimitado los derechos reales susceptibles de gravar a terceros. De esta forma, en el sistema cerrado existe una autodelimitación de los particulares, mediante sus representantes en la asamblea, a los derechos reales susceptibles de afectar a la sociedad, y no es tan cierto que sea el sistema abierto el autodelimitador de derechos reales por parte de los particulares.

De igual forma, parecen ser sólidos los argumentos económicos contra el *numerus apertus*, lo cual a su vez tiene incidencia en el orden público. Es claro que en situaciones en que los varios particulares tienen un derecho de veto sobre un mismo bien, se genera un problema de subexplotación. Sin embargo, sobre todo se dificulta la libre circulación de los bienes y verdaderamente produce la amortización de la propiedad. Por tanto, la elección del sistema de derechos reales tiene incidencia en la economía y, con ello, en el orden público.

Por último, en el presente artículo se ha esgrimido una línea interpretativa por medio de la cual en el Ecuador no cabe el sistema de *numerus apertus* a pesar de la redacción de la Ley de Registro. Al ser la delimitación de derechos reales un tema de orden público, la autonomía de la voluntad halla un profundo límite a su ejercicio, y es superflua cualquier norma que lo ratifique, ya que debe primar el orden público ante el libertinaje privado. Por estas razones y otras adicionales, es papel del Estado delimitar adecuadamente los derechos reales y no dejarse llevar por ciertos feudalismos.

La responsabilidad de los hospitales y clínicas de salud respecto de los profesionales que laboran en ellos: un acercamiento al artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud

María Susana Bastidas Tamayo
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador
Correo electrónico: mariasusanabastidas@gmail.com

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen
La presente investigación constituye una lectura crítica al artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud y al régimen de responsabilidad planteado por esta norma dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En un intento de aproximación a la responsabilidad de hospitales y clínicas privadas respecto de las actuaciones de los profesionales médicos que laboran en ellos, se analizarán conceptos fundamentales y diversas teorías planteadas por la doctrina y la jurisprudencia internacional. Los esfuerzos del documento presentado tienen por objeto traer a la mesa de debate un tema polémico y delicado, que extiende sus repercusiones fuera del ámbito legal y que ha conmocionado al país en tanto involucra a un sector fundamental de la sociedad: los prestadores de servicios de salud, plasmados en la figura de hospitales y clínicas de salud privados.

Palabras clave
Ley Orgánica de Salud; responsabilidad; responsabilidad de profesionales; servicios de salud; prestadores de salud privados; deber de cuidado.

The liability of hospitals and medical clinics regarding the professionals who works in them: an approach to article 203 of the Organic Health Law

Abstract
The present research constitutes a critical reading of article 203 of the Organic Law of Health and the liability regime raised by this norm within the Ecuadorian legal system. In an attempt to approximate to the liability of private hospitals and clinics regarding the actions of medical professionals working in them, we will analyze fundamental concepts and diverse theories raised by international doctrine and jurisprudence. The efforts of this document aim to bring to the discussion table a controversial and sensitive issue that involves a fundamental sector of society: health service providers embodied in the figure of hospitals and private health clinics.

Keywords
Organic Health Law; liability; professional liability; health services; private health care provider; duty of care.

1. Introducción

La aplicación del régimen de responsabilidad civil individual resulta un tanto anacrónica al momento de reparar el daño ocasionado a un paciente que ha recibido tratamiento médico de cualquier índole en un hospital. En la mayoría de casos, la mala práctica médica incluye a las instalaciones donde se prestaron dichos servicios y no se limita únicamente a la relación profesional-paciente. Ante este dilema, el derecho de daños ha planteado un régimen de responsabilidad que involucra a los hospitales y clínicas privadas respecto de los actos u omisiones de sus profesionales médicos. Los avances en este ámbito del derecho han planteado múltiples hipótesis, cuestionamientos y posibles respuestas ante la variada casuística que puede presentarse.

En un intento de normar las repercusiones que deben afrontar los hospitales privados ante los errores o acciones de los profesionales médicos, la legislación ecuatoriana ha afrontado el tema de manera expresa. La Ley Orgánica de Salud prescribe en el artículo 203 que "los servicios de salud, serán corresponsables civilmente, de las actuaciones de los profesionales de la salud que laboran en ellos"[1]. A pesar de su brevedad, esta norma constituye el único artículo de la legislación nacional que menciona de manera específica la posibilidad de que la responsabilidad de los profesionales médicos se extienda a las personas jurídicas prestadoras de servicios de salud a las cuales pertenecen.

A primera vista, este parecería ser un caso en que un tercero debe responder por los hechos de los que estuvieren a su cuidado, similar a aquellos ya prescritos por el Código Civil. No obstante, debido a la particularidad del ámbito del prestador de servicios de salud, sería incorrecto realizar un mero ejercicio de analogía con las normas ya existentes.

La presente investigación tiene por finalidad plantear ciertos parámetros de interpretación del artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud con un enfoque central en la determinación del tipo de responsabilidad aplicable para hospitales y clínicas privadas respecto de los actos u omisiones del personal médico que generen un daño al paciente. Adicionalmente, este texto pretende provocar en el lector curiosidad acerca de las posibles repercusiones en el ámbito práctico que puede desencadenar la aplicación de la disposición pertinente.

La estructura de la investigación constituye una lectura crítica al artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud, dividida en tres partes. Durante la primera sección, y a manera de apertura de la discusión, se conduce al lector por un breve repaso de las distintas teorías esbozadas en torno al tema de la responsabilidad del hospital. El estudio se centra en el desarrollo de la doctrina del *respondeat superior* como un mecanismo legal para "superar las limitaciones de la responsabilidad

1 Ley Orgánica de Salud. Artículo 203. Registro Oficial Suplemento No. 423 del 22 de diciembre de 2006.

civil"[2] y en la reciente incorporación de la doctrina de la responsabilidad corporativa del hospital[3]. La segunda sección aterriza en la legislación ecuatoriana y propone un acercamiento al artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud. Este apartado conceptualiza los términos relevantes de la investigación, expone ciertas teorías que se pueden plantear en torno a temas polémicos de la ley y realiza una interpretación del contenido de la disposición pertinente. Por último, la tercera sección constituye un análisis pragmático con base en el estudio de la aplicación de normas de contenido similar en ordenamientos jurídicos similares al ecuatoriano. De esta manera, se recurre a fuentes legales y jurisprudenciales con el fin de analizar la aplicación de la responsabilidad de hospitales y clínicas privadas respecto de los profesionales que laboran en ellos. En todo momento nos referimos a la responsabilidad civil.

2. Introducción al régimen de responsabilidad del hospital en el sistema anglosajón

El 5 de noviembre de 1960, Dorrence Darling fue ingresado en la sala de emergencias del hospital Charleston Community Memorial de la ciudad de Charleston, Illinois, tras haberse roto la pierna en un partido de fútbol. El médico asistente, con la ayuda del personal del hospital, propuso inmovilizar la pierna por medio de un yeso y aconsejó descanso. Al día siguiente, los dedos del pie del joven se pusieron rígidos y oscuros. El resultado de esta acción fue la amputación de la extremidad inferior debido a una necrosis grave provocada por la presión del yeso[4].

Los hechos del caso *Darling v. Charleston Hospital*[5] reafirman la responsabilidad tanto de los profesionales de salud como de los hospitales respecto del bienestar de sus pacientes. Este caso, que cumple un propósito ejemplificativo, marcó un hito en la jurisprudencia anglosajona debido a que permitió retomar la discusión concerniente a la responsabilidad del hospital respecto de las acciones de los profesionales médicos[6].

Por tratarse de un tema sumamente estudiado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina anglosajona, a continuación, un breve estudio sobre la responsabilidad de los hospitales respecto de los profesionales de salud que laboran o prestan servicios en sus instalaciones.

2 Salvador, Pabloy Gómez, Carlos Ignacio. "De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización".*InDret,* No. 03/2002 (2002), p. 2.

3 Abraham, Kenneth S. y Weiler, Paul C. "Enterprise Medical Liability and the Evolution of the American Health Care System".*Harvard Law Review,* Vol. 108, No. 2 (1994), p. 383.

4 El caso *Darling v. Charleston Hospital* es un precedente de gran importancia en el sistema anglosajón puesto que conllevó a un cambio relevante en el área de la responsabilidad del hospital. *Darling* establece la posibilidad de extender la responsabilidad de los actos de los profesionales de salud a los hospitales donde prestan sus servicios. Esto, debido a que los últimos se encuentran sujetos a un deber de cuidado para con el paciente respecto de las actividades que se realizan dentro de sus instalaciones. Asimismo, la decisión analiza a detalle el alcance del deber de cuidado del hospital en este caso concreto. Para más información, *vid*. Corte Suprema de Illinois. *Darling v. Charleston Hospital*. Sentencia, 29 de septiembre de 1965, p. 2, 12; y Wiet, Mitchell J. "Darling v. Charleston Community Memorial Hospital and Its Legacy". *Annals of Health Law*, Vol. 14, Issue 2 (2005), pp. 400-406.

5 Corte Suprema de Illinois. *Darling v. Charleston Hospital*. Sentencia, 29 de septiembre de 1965.

6 Fallos jurisprudenciales como *Jones v. Chicago HMO Ltd* y *Gilber v. Sycamore Municipal Hospital* recurren a *Darling* como precedente relevante en el ámbito de la responsabilidad de los hospitales. Para mayor información, *vid*. Wiet, Mitchell J. "Darling v. Charleston Community Memorial Hospital and Its Legacy". *Annals of Health Law*, Vol. 14, Issue 2 (2005), pp. 399-405.

2.1 El modelo anglosajón: de la *respondeat superior* a la negligencia corporativa

En el sistema anglosajón existen dos tendencias mayoritarias cuya finalidad consiste en responsabilizar al hospital por las acciones u omisiones del personal (incluye el profesional) médico. Por un lado, la teoría tradicional de *respondeat superior,* cuya base consiste en la responsabilidad vicarial del hospital sobre los actos de los profesionales de salud en tanto existe una relación de autoridad[7]. En estos casos, el hospital responde del daño debido a su situación de empleador[8]. Por otro lado, la teoría de la negligencia corporativa asume que el hospital tiene una relación directa y un deber de cuidado para con el paciente. De acuerdo con esta corriente, el hospital responde por negligencia propia en escenarios pertinentes al cuidado, manejo y seguridad del paciente que recibe un tratamiento de cualquier índole dentro de las instalaciones hospitalarias[9].

La doctrina de la *respondeat superior* se aplica en aquellos casos donde exista una relación de empleador-empleado. Esta teoría sostiene que el empleador es "responsable de los daños que su empleado haya perpetrado mientras se encontraba realizando actos dentro de su labor"[10]. La corriente de la *respondeat superior* ha sido acogida en múltiples fallos que establecen la existencia de responsabilidad por parte del hospital respecto de los actos y omisiones negligentes de sus doctores y enfermeras[11].

En el caso *Stuart Circle Hospital Corp. v. Curry*[12], la Corte Suprema de Virginia manifestó que un hospital privado equipado para proveer a sus pacientes cuidado médico, servicios de enfermería y atención, es responsable "por los actos negligentes de sus internos y enfermeras empleados por la institución y que actúan bajo su supervisión y control"[13]. Asimismo, en el fallo de *Bing v. Thunig*[14] la Corte de Apelaciones de Nueva York afirmó la necesidad de responsabilizar a los hospitales por los actos de sus profesionales de salud que actúan dentro de su labor. Esto, debido a que los hospitales no solamente prestan sus instalaciones sino que también ofrecen prestaciones de salud, tratamiento y cuidado para con sus pacientes[15].

Esta corriente ha sido cuestionada en el sistema anglosajón puesto que para que sea aplicable la teoría *respondeat superior* es imprescindible la existencia de una relación jurídica de dependencia

---

7 M. V. R. "Hospital Tort Liability and Immunity".*Virginia Law Review,* Vol. 49, No. 3 (1963), p. 622.

8 Zaremski, Miles J. y Spitz, Marsha M. "Liability of a Hospital as an Institution: are the Walls of Jericho Tumbling?". *The Forum, American Bar Association,* Vol. 16, No. 2 (1980), p. 225.

9 *Ibíd.*

10 Traducción libre. *Id.,* p. 226.

11 M. V. R. "Hospital Tort Liability and Immunity". Ó*p. cit.*, p. 640.

12 En este caso, la accionante y paciente del hospital Zenophine Curry alega que los trabajadores de la institución de salud actuaron de manera negligente en dos ocasiones. La primera, a través de la aplicación de una solución intravenosa por parte de un doctor interno empleado por la institución. La segunda, respecto del acto de una enferma que aplicó una botella de agua caliente bajo su brazo provocando un daño. Para más información, *vid*. Corte Suprema de Virginia. *Stuart Circle Hospital Corp. v. Curry; Stuart Circle Hospital Corporation v. Zenophine Curry*. Sentencia, 12 de junio de 1939, p. 1.

13 Traducción libre. *Id.,* p. 9.

14 En el fallo, la paciente Isabel Bing demanda al hospital alegando negligencia en los actos de una enfermera. De acuerdo con la accionante, la enfermera falló en retirar material inflamable que se encontraba cerca de la paciente, provocando quemaduras graves cuando el material inflamable entró en llamas. Para más información, *vid*. Corte de Apelaciones de Nueva York. *Bing v. Thunig*. Sentencia, 16 de mayo de 1957, p. 1.

15 *Id.,* p. 5.

entre el hospital y los profesionales de salud. Por esta razón, si un profesional de la salud ostenta un contrato de prestación independiente de servicios, la teoría no aplicaría en un principio[16]. Ante este problema, es importante recalcar el rol de los fallos jurisprudenciales en cuanto amplían las posibilidades de existencia de una relación jurídica de dependencia entre el hospital y el médico[17]. En casos concretos y ante la falta de un contrato laboral, un profesional de la salud puede ser dependiente del hospital si recibe un estipendio mensual, si debe adherirse a la normativa interna del establecimiento en cuanto a procedimientos y estándares previamente establecidos, o si trabaja con instrumentos y equipos pertenecientes al hospital o clínica[18]. A manera de ejemplo, en *Brown v. Moore*[19], la Corte de Apelaciones de Estados Unidos responsabilizó al Sanatorio Mercer por las actuaciones de un profesional de la salud que actuaba a través de un contrato de prestación de servicios. En este caso, la Corte aplicó la teoría de la *respondeat superior* puesto que, a pesar de ser un profesional independiente, el doctor recibía un estipendio mensual por parte del sanatorio[20].

La negligencia corporativa parte de un eje completamente distinto. A diferencia de la *respondeat superior*, esta teoría responsabiliza directamente al hospital por haber fallado en mantener estándares en cuanto a la seguridad de las instalaciones, la competencia del personal que labora o presta servicios en las instalaciones, y la calidad del equipo[21].

La Corte de Apelaciones de Carolina del Norte estableció ciertos parámetros generales en torno a la aplicación de la responsabilidad corporativa del hospital. En *Bost v. Riley*[22], la Corte se aleja de la teoría de la *respondeat superior* al manifestar que los hospitales son responsables no solamente de los actos de sus profesionales de salud, sino también de las instalaciones del centro, de la calidad de equipos e instrumentos empleados con los pacientes, y de las reglas de seguridad adoptadas con el fin de evitar cualquier tipo de daño[23]. La Corte reconoce que, lejos de la *respondeat superior*, en este caso el centro de salud es responsable por el incumplimiento de las obligaciones que ostenta directamente para con el paciente.

La negligencia corporativa del hospital no es un caso de responsabilidad por hecho ajeno; al contrario, la responsabilidad del hospital es individual en tanto falló en proporcionar un servicio

---

16 Oakley, David J., y M. Kelley, Eileen. "HMO Liability for Malpractice of Member Physicians: The Case of IPA Model HMOs". *Tort and Insurance Law Journal,* Vol. 23, No. 3 (1988), p. 626.

17 Sobre la discusión de la existencia de una relación jurídica de dependencia entre el hospital y el médico, *vid*. M. V. R. "Hospital Tort Liability and Immunity".*Virginia Law Review,* Vol. 49, No. 3 (1963), pp. 622-628; Abraham, Kenneth S. y Weiler, Paul C. "Enterprise Medical Liability and the Evolution of the American Health Care System".*Harvard Law Review,* Vol. 108, No. 2 (1994), pp. 386-389.

18 M. V. R. "Hospital Tort Liability and Immunity". Ó*p. cit.,* p. 627.

19 Los hechos del caso tienen por accionante a la viuda de George Brown. La demandante alega que la causa de la muerte de su esposo se debe a los malos tratos y la negligencia grave y repetitiva por parte del personal del Sanatorio Mercer. Para mayor información sobre los hechos del caso, *vid*. Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Tercer Circuito. *Brown v. Moore*. Sentencia, 27 de junio de 1957, p. 1.

20 *Id.,* pp. 8-10.

21 M. V. R. "Hospital Tort Liability and Immunity". Ó*p. cit.,* p. 622.

22 En este caso, la accionante alega que los doctores del Hospital Memorial Catawba actuaron de manera negligente cuando fallaron en diagnosticar y tratar de manera adecuada a Lee Bost. Para mayor información respecto de los hechos, *vid*. Corte de Apelaciones de Carolina del Norte. *Bost v. Riley*. Sentencia, 5 de febrero de 1980, p. 1.

23 *Id.,* p. 3.

adecuado al paciente. Este servicio no se refleja únicamente en un acto u omisión del profesional de salud. De hecho, la Corte de Apelaciones de Illinois amplía la doctrina de la responsabilidad corporativa del hospital en el caso *Slater v. Missionary Sisters of Sacred Heart*[24]. En este fallo, la Corte manifiesta que el hospital debe al paciente un "deber de protección y debe ejercer un grado de cuidado razonable para con el paciente en el grado que su condición le permita"[25]. Por supuesto, es imprescindible recalcar que en el sistema anglosajón las relaciones profesionales como la médica gozan de un carácter fiduciario que tiene por consecuencia la aplicación de un estándar de cuidado relativamente mayor.

La responsabilidad corporativa del hospital tiene por origen casos en los cuales el hospital no realizó un estudio pormenorizado respecto de los profesionales de salud[26]. Por esta razón, bajo esta teoría, existen cuatro deberes que el hospital debe satisfacer para con sus pacientes:

> 1. Emplear un deber de cuidado razonable en torno al mantenimiento de los edificios y terrenos;
> 2. Emplear equipo y medicinas libres de defectos;
> 3. Emplear un deber de cuidado razonable respecto de la selección de los profesionales de salud;
> 4. Supervisar a todas las personas que practican medicina dentro de las instalaciones[27].

Es claro que según esta corriente el hospital no se exonera de responsabilidad en casos de mala práctica médica por parte de un profesional de la salud que simplemente ostenta un contrato de prestación de servicios. No obstante, la negligencia corporativa requiere que el paciente pruebe que el hospital incumplió uno de los deberes previamente mencionados[28].

La diferencia teórica entre ambas reside en el tipo de responsabilidad al cual el hospital se encuentra sujeto. Mientras que en la responsabilidad vicarial o *respondeat superior* el hospital responde por el hecho de un tercero por tratarse de una relación de autoridad, en la negligencia corporativa el hospital responde por hechos propios. Para finalizar con este breve recorrido sobre los antecedentes de la responsabilidad civil de los hospitales, debe quedar claro que, si bien ambas teorías pueden ser aplicadas en el sistema del *Civil Law*, la tendencia mayoritaria se inclina a la corriente tradicional conocida como responsabilidad vicarial[29].

3. Ecuador: el nacimiento y desarrollo de un régimen de responsabilidad civil del hospital

Ante la falta de una respuesta efectiva en casos de mala práctica médica, la legislación ecuatoriana ha adoptado normativa respecto a la responsabilidad civil del hospital por los daños causados por los profesionales de salud que laboran en ellos. De esta manera, la Ley Orgánica de Salud

24 Los hechos de este caso difieren en gran medida de los anteriores ya que no tratan sobre un acto negligente por parte de un profesional de salud perteneciente al hospital. En este caso, David Slater demanda por los daños personales que sufrió mientras era paciente del hospital. Slater saltó de la ventana del hospital durante un episodio de delirio. El accionante alega negligencia por parte del hospital y un incumplimiento del deber de cuidado. Para mayor información, *vid*. Corte de Apelaciones de Illinois. *Slater v. Missionary Sisters of Sacred Heart*. Sentencia, 10 de junio de 1974, pp. 1-2.

25 Traducción libre. *Id.,* p. 3.

26 Abraham, Kenneth S. y Weiler, Paul C. "Enterprise Medical Liability…".Ó*p. cit*., p. 389.

27 Zaremski, Miles J. y Spitz, Marsha M. "Liability of a Hospital as an Institution…". Ó*p. cit.,* pp. 229- 230.

28 Abraham, Kenneth S. y Weiler, Paul C. "Enterprise Medical Liability…". Ó*p. cit.,* p. 391.

29 Salvador, Pablo y Gómez, Carlos Ignacio. "De la responsabilidad por hecho de otro…". Ó*p. cit.,* p. 2.

(de ahora en adelante, LOS) prescribe en el artículo 203 que "los servicios de salud, serán corresponsables civilmente, de las actuaciones de los profesionales de la salud que laboran en ellos"[30].

La normativa de la LOS resulta la única referencia expresa dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permite extender la responsabilidad del médico al centro de salud donde prestó sus servicios. El artículo, claramente influenciado por corrientes internacionales de la *respondeat superior*, parecería ser una solución para el paciente que busca una restitución integral del daño en el ámbito civil. A continuación, se realizará una posible interpretación del alcance de la disposición pertinente.

3.1 El sistema de salud ecuatoriano: servicios de salud, prestadores de servicios de salud y profesionales de salud

El alcance de la disposición de la LOS involucra tanto a los servicios de salud como a los prestadores de dichos servicios respecto de los profesionales de salud que laboran en ellos. La redacción del artículo 203, más allá de la vaguedad implícita, extiende un régimen de responsabilidad que, en caso de aplicarse, podría afectar a múltiples instituciones.

El artículo 203 de la LOS prescribe que "los servicios de salud, serán corresponsables civilmente [...]"[31]. A continuación, se realizará un breve ejercicio de conceptualización de ciertos términos con el fin de introducir y delimitar el alcance de los servicios de salud en el espectro nacional.

Para empezar el análisis del sistema de salud ecuatoriano, es imprescindible remitirse a la Constitución de la República del Ecuador. El artículo 359 de la Carta Magna manifiesta que el "sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud"[32].

La Carta Magna establece que, con el objetivo de garantizar la promoción de la salud, la prevención y la atención integral[33], el Estado será quien ejerza la "rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional"[34]. De esta manera, la entidad nacional competente será encargada de dictaminar la política nacional de salud, y de controlar las actividades y las entidades relacionadas con la salud[35].

En Ecuador, el sistema de salud se encuentra conformado por los sectores público y privado. El primero involucra al Ministerio de Salud Pública, al Ministerio de Inclusión Económica y Social, a los servicios de salud prestados por las municipalidades y a las instituciones de seguridad social[36]. Por su lado, el ámbito privado comprende "las entidades con o sin fines de lucro y a organizaciones no lucrativas de la sociedad civil y de servicio social"[37]. En el presente estudio, se

30 Ley Orgánica de Salud. Artículo 203. Registro Oficial Suplemento No. 423 del 22 de diciembre de 2006.
31 *Ibíd*.
32 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 359. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
33 *Id*., artículo 360.
34 *Id*., artículo 361.
35 *Ibíd*.
36 Lucio, Ruth *et*. *al*. "Sistema de salud de Ecuador". *Salud Pública de México*. Vol. 53, suplemento 2 (2011), p. 180.
37 *Ibíd*.

dejará de lado el sector público, perteneciente al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, con el fin de enfocarse en los servicios de salud pertenecientes al sector privado.

El artículo 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud (de ahora en adelante, LOSNS) prescribe que en el ámbito privado serán parte del Sistema Nacional de Salud entidades como SOLCA, las facultades y escuelas de Ciencias Médicas y de la Salud de las universidades, las entidades de salud privadas con y sin fines de lucro, entre otros[38]. Cabe recalcar que dentro de las entidades privadas de salud con fines de lucro se encuentran las empresas de medicina prepagada y las aseguradoras que oferten planes de salud.

Con respecto a los servicios de salud, la LOS define a dichos servicios como "aquellos que están destinados a brindar prestaciones de salud, de promoción, de prevención, de recuperación y rehabilitación en forma ambulatoria, domiciliaria o internamiento […]"[39]. Los servicios de salud pueden identificarse de acuerdo con la especificidad de cada servicio. Así, es posible diferenciar los servicios hospitalarios, de rehabilitación, de habilitación, de diálisis y hemodiálisis, de salud bucal, de ayuda de diagnóstico y tratamiento ambulatorio, pre-hospitalario y prestadores especializados y de especialidades de tercer nivel[40].

En el ámbito privado, los servicios de salud se traducen en hospitales, clínicas, institutos médicos, laboratorios de diagnóstico, centros de recuperación para personas con adicciones a sustancias psicotrópicas, centros de cosmetología y estética, ópticas, entre otras.

Un caso interesante son las instituciones de medicina prepagada y las aseguradoras puesto que, si bien son consideradas un servicio de salud, deben ser excluidas de la hipótesis planteada en el artículo 203 de la LOS. Esto, debido a la nueva *Ley Orgánica que Regula a las Compañías que Financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que Oferten Cobertura de Seguros de Asistencia Médica*. El artículo 13 de dicha Ley prescribe que las compañías "podrán ofertar servicios de salud que solo podrán ser prestados por terceros prestadores de dichos servicios"[41]. Es decir, estas compañías necesariamente tienen que trabajar de la mano de prestadores de servicios de salud, y se excluye la posibilidad de que presten servicios de salud por sí mismas.

En la misma línea, el Ministerio de Salud ha determinado que los prestadores de servicios de salud son todos aquellos establecimientos que se encuentran organizados para la prestación de servicios de salud[42]. Dicha disposición permite incluir dentro de esta sección a los hospitales y clínicas privadas. Con respecto a los profesionales de salud, la LOS determinó que lo serán aquellas personas cuya formación universitaria de tercer o cuarto nivel esté dirigida específica y

38 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Artículo 7. Registro Oficial No. 670 del 25 de septiembre de 2002.
39 Ley Orgánica de Salud. Ó*p. cit*., artículo 259.
40 Norma Técnica para el Procedimiento de Evaluación, Selección, Calificación y Adquisición de Servicios de Salud de la Red Pública Integral de Salud y de la Red Privada Complementaria. Registro Oficial Edición Especial No. 437 del 31 de diciembre de 2015, p. 20.
41 Ley Orgánica que Regula a las Compañías que Financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que Oferten Cobertura de Seguros de Asistencia Médica. Artículo 13. Registro Oficial No. 863 del 17 de octubre de 2016.
42 Norma Técnica para el Procedimiento de Evaluación… Ó*p. cit*., p. 16.

fundamentalmente a dotarlos de conocimientos, técnicas y prácticas "relacionadas con la salud individual y colectiva y al control de sus factores condicionantes"[43]. Los profesionales de salud en Ecuador son los médicos, odontólogos, psicólogos clínicos, enfermeras, tecnólogos médicos, profesionales en química y farmacia, bioquímica y farmacia, química y demás profesionales de los servicios de salud[44].

En conclusión, el término *servicios de salud* empleado por la normativa incluye diversas instituciones tanto públicas como privadas. Por ser de distinta naturaleza, cada entidad merece un análisis pormenorizado en la medida en que observa estándares específicos respecto al deber de cuidado y se aplica de manera particular el tipo de responsabilidad. Por esta razón, se propone limitar este análisis al caso de hospitales y clínicas privadas, considerando que en estas instituciones confluyen tanto las características de servicio de salud como la de prestador de servicio de salud[45].

3.2 Tipo de responsabilidad aplicable: corresponsabilidad, responsabilidad del empleador, responsabilidad vicarial

A primera vista, parecería que el articulado de la LOS comparte características propias de la responsabilidad vicarial o *respondeat superior.* No obstante, el legislador ha empleado el término *corresponsabilidad* al momento de obligar al hospital o clínica respecto de las acciones de sus profesionales de salud. Con el fin de aterrizar en un análisis dentro del derecho continental sobre las corrientes acogidas con respecto a la responsabilidad del hospital, el presente apartado pretende esbozar características propias de cada régimen.

3.2.1 Corresponsabilidad

En el derecho de daños, la corresponsabilidad o responsabilidad compartida encaja dentro de la figura de la solidaridad. Así, de acuerdo con Gómez,

> [...] la víctima de un accidente imputable a una pluralidad de agentes puede demandar a todos, a algunos o tan solo a uno de los potenciales agentes y, declarada la responsabilidad solidaria de todos ellos, ejecutar en el patrimonio de cualquiera de los condenados el importe íntegro de su pretensión indemnizatoria[46].

En el régimen ecuatoriano, la obligación solidaria es aquella que pese a ser objetivamente divisible, es indivisible jurídicamente. El artículo 1527 del Código Civil prescribe que "en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda"[47]. De esta manera, el acreedor solidario tiene

43 Ley Orgánica de Salud. *Óp. cit.*, artículo 193.

44 Reglamento de Reclutamiento de Profesionales de la Salud. Registro Oficial No. 921 del 27 de marzo de 2013.

45 Cabe realizar una breve distinción entre los términos *servicio de salud* y *prestador de servicios de salud*. Mientras que el primero se refiere a aquellas actividades que tienen por objetivo brindar prestaciones de salud, de promoción, de prevención, de recuperación y rehabilitación; el segundo se refiere a un espacio físico o material que se traduce en los establecimientos que se encuentran organizados para la prestación de servicios de salud. Para mayor información, *vid.* Ley Orgánica de Salud. *Óp. cit.*, artículo 259 y Norma Técnica para el Procedimiento de Evaluación… *Óp. cit.*, p. 16.

46 Gómez, Carlos. "Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad". *InDret,* No. 04/2007 (2007), p. 3.

47 Código Civil. Artículo 1527. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

la posibilidad de demandar a uno o a todos los codeudores solidarios para que estos paguen la totalidad de lo adeudado.

Frente al pago total de uno de los deudores, se origina un nuevo régimen de ajuste de cuentas, en el cual aquel que extinguió la obligación a través del pago puede exigir a los codeudores el pago correspondiente. No obstante, no se trata ya de una obligación solidaria sino de una obligación conjunta, que se caracteriza por ser divisible objetiva y jurídicamente. Por esta razón, el deudor que se subrogó en la posición de acreedor puede exigir a cada codeudor el pago de la parte que tenga en la deuda. Así lo dispone el artículo 1538 del Código Civil, que prescribe:

> El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades; pero limitada, respecto de cada uno de los codeudores, a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda[48].

Los supuestos en los cuales la ley opta por establecer la figura de la solidaridad son varios. Por un lado, este régimen puede ser una respuesta ante problemas de individualización de las cuotas de responsabilidad entre varios responsables de un daño. En otras ocasiones, la solidaridad se aplica ante el incumplimiento de un deber de cuidado, de vigilancia o de control[49]. Parecería que el ordenamiento jurídico busca responsabilizar a aquel que, teniendo un deber de cuidado, no supo identificar ni controlar de manera eficaz una potencial fuente de peligro. En estos supuestos se podría admitir también que la solidaridad constituye una protección para la víctima[50]. Finalmente, la solidaridad puede establecerse en casos en que la insolvencia del causante podría dejar sin reparación a la víctima. Para evitar esta situación, el ordenamiento jurídico permite aplicar la figura de la solidaridad con la finalidad de asegurar la solvencia del deudor[51].

Es necesario aclarar que la doctrina de la responsabilidad solidaria no puede ser asimilada a la *respondeat superior* empleada en el sistema anglosajón. Al contrario, la *respondeat superior* es conocida como responsabilidad vicarial o responsabilidad por hecho ajeno en el sistema continental. La principal diferencia entre la responsabilidad solidaria y la vicarial reside en que "el derecho de repetición que acompaña a toda relación pasiva de solidaridad no es universal para los responsables por hecho ajeno"[52]. Es decir, en la responsabilidad por hecho ajeno o vicarial el derecho de repetición existe en aquellos supuestos en los que exista dependencia[53].

En el caso del artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud, la corresponsabilidad se traduce en un régimen de solidaridad determinado por la ley que tiene por objetivo responsabilizar a una

48 *Id.*, artículo 1538.

49 Gómez, Carlos. "Sobre la posibilidad de un segundo…". *Óp. cit.*, p. 3. El Tribunal Supremo de Madrid se ha pronunciado sobre la responsabilidad solidaria de un centro de salud respecto de sus pacientes al afirmar que el carácter solidario deriva del "incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos". Para mayor información, *vid*. Tribunal Supremo de Madrid. Sala de lo Civil. Causa No. 7608/2004. Sentencia, 23 de noviembre de 2004, p. 5.

50 *Ibíd*.

51 *Ibíd*.

52 Salvador, Pablo y Gómez, Carlos Ignacio. "De la responsabilidad por hecho de otro…". *Óp. cit.*, p. 8.

53 *Id.*, p. 9.

entidad ante el incumplimiento de un deber de cuidado. De ser así el caso, los servicios de salud serían solidariamente responsables con respecto a los profesionales que laboran en ellos. Esto implicaría que el paciente puede accionar libremente en contra del profesional, en contra del hospital o en contra de los dos.

Si bien la ley emplea de manera expresa el término corresponsabilidad, parecería ser que en el caso de la responsabilidad del hospital respecto de los actos u omisiones de profesionales que laboran en ellos, la figura legal que encajaría perfectamente sería la de la responsabilidad vicarial. Esto, debido a que se trata de un caso de responsabilidad por hecho ajeno con ciertas particularidades.

3.2.2 Responsabilidad del empleador

Este tipo de responsabilidad se aplica únicamente cuando existe una relación de dependencia entre empleador y empleado. En efecto, uno de los supuestos del artículo 2220 del Código Civil señala que los empresarios responderán del hecho de sus aprendices o de sus dependientes[54].

Para que se aplique la corriente de la responsabilidad del empleador, es imprescindible la existencia de tres factores de gran relevancia: la dependencia, la existencia de un daño producido en el ámbito de la dependencia, y que se trate de un delito o cuasidelito civil ocasionado por el dependiente.

Para empezar, en la responsabilidad del empleador es fundamental la existencia del factor de dependencia, ya sea formal o informal. La relación de dependencia empresarial se ve generalmente reflejada a través del contrato individual de trabajo y se caracteriza por tratarse de un convenio en el cual el empleado se compromete para con el empleador a prestar sus servicios personales por una remuneración fija[55]. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de Ecuador cuando era tribunal de última instancia, la dependencia es el elemento más importante de la relación laboral y "tiene que ver con el respeto que se deben tanto a las personas jerárquicamente superiores como a los horarios y más reglamentos que se imponga para la armonía que debe existir en todo vínculo contractual"[56].

No obstante, cabe recalcar que, pese a que no se constate una relación laboral, es posible que sí exista una relación de dependencia, pues la "relación de autoridad o cuidado es una cuestión de hecho"[57]. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid manifestó, en sentencia del 21 de septiembre de 2015, que el presupuesto de subordinación o dependencia puede ser conocido también como una "integración en el círculo de organización y dirección empresarial"[58]. Tal integración se ve reflejada a través del sometimiento del prestador de servicios al control y dirección de la empresa, y no solamente a través de un contrato laboral[59].

54 Código Civil. *Óp. cit.,* artículo 2220.
55 Código del Trabajo. Artículo 8. Registro Oficial Suplemento No. 167 del 16 de diciembre de 2005.
56 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Laboral y Social. *Serie No. XVII, Año 1999*. Sentencia, 20 de abril de 1999, p. 1.
57 Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 173.
58 Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. *Causa No. 613/2015*. Sentencia, 21 de septiembre de 2015, p. 1.
59 Tribunal Supremo de Madrid. Sala Cuarta de lo Social. *Causa No. 1920/2005*. Sentencia, 8 de noviembre de 2006, p. 5.

Profundizando sobre el alcance de la dependencia, las cortes ecuatorianas han manifestado que la subordinación o dependencia puede manifestarse en distintas facetas: administrativa, disciplinaria, económica, técnica o material[60]. Esto, debido a que la subordinación puede desarrollarse a través de distintas acciones como la determinación general de la prestación del servicio, la reglamentación de horarios y obligaciones, o hasta el hecho de facilitar al empleado el material de trabajo[61]. Por esta razón, la "denominación que se le dé al contrato no establece por sí sola que aquel se circunscriba en determinado ámbito"[62]. Es decir, bien puede existir un contrato de prestación de servicios que en realidad tenga un tinte laboral en tanto una de las partes se encuentre subordinada a las instrucciones, órdenes u horarios que imponga la parte contraria. En casos complejos como aquellos de los subcontratistas o de prestadores de servicios ocasionales, es fundamental analizar si existe de manera alguna dependencia, a través de órdenes, instrucciones o hasta la imposición de horarios por parte del empleador.

Otro factor determinante en la responsabilidad del empleador reside en que el daño se haya producido en el ámbito de la dependencia o del ejercicio de las funciones del dependiente. De esta manera, "el agente ha de haber actuado en el marco de la relación de agencia o con ocasión de ella"[63]. Ahora bien, la discusión se centra en analizar el tipo de extralimitaciones por parte del dependiente que pueden responsabilizar al empleador. A manera de ejemplo, el empleador ha de ser responsable si ha encargado tareas indelegables al dependiente, puesto que "el principal tiene deberes de precaución cuyo cumplimiento no puede evadir por el procedimiento de encargar a un tercero de su ejecución"[64]. Este parámetro ha sido entendido en un sentido amplio, pues basta que el "hecho se cometa con ocasión del desempeño de esas funciones"[65]. Finalmente, debe tratarse de un delito o cuasidelito civil ocasionado por el dependiente.

Las críticas a la responsabilidad del empleador radican en la necesidad de una relación de dependencia entre el hospital y el profesional de salud. En la actualidad, resulta un tanto anacrónico defender que toda relación jurídica entre hospital-doctor debe necesariamente contener un vínculo de dependencia.

3.2.3 Responsabilidad vicarial

Tradicionalmente, la responsabilidad ha sido clasificada de dos maneras: la responsabilidad personal y la responsabilidad vicarial. El primer caso responde a la regla general por la cual toda persona es responsable de sus propias acciones[66]. En el segundo caso, en la responsabilidad vicarial, también conocida como *respondeat superior* en el sistema anglosajón, es la ley quien

60 Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Laboral y Social. *Expediente de Casación 885*. Sentencia, 28 de junio de 2007, pp. 1-2.
61 Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Ó*p. cit.*,, p. 2.
62 Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. *Expediente de Casación 1091*. Sentencia, 8 de julio de 2008, p. 1.
63 Salvador, Pablo y Gómez, Carlos Ignacio. "De la responsabilidad por hecho de otro…". Ó*p. cit.*, p. 16.
64 *Id.*, p. 17.
65 *Id.*, p. 187.
66 Código Civil. Ó*p. cit.*, artículo 2214.

determina situaciones en las cuales las personas deben responder, además de sus propios actos, por los actos de aquellos que estuvieren a su cuidado[67]. Es decir, aquello que no es responsabilidad personal necesariamente debería recaer en el ámbito de la responsabilidad por hecho ajeno o responsabilidad vicarial.

No obstante, ante ciertas situaciones que presentan dificultades, la doctrina ha creado un tercer tipo de responsabilidad, denominada como *mixta*. La responsabilidad mixta es aquella que posee matices tanto de la responsabilidad personal como de la responsabilidad vicarial[68]. En este documento no se estudia dicha teoría dado que se trata de una corriente minoritaria.

La responsabilidad vicarial se aplica en situaciones donde la persona es responsable de los actos de otro y la ley le imputa dicha responsabilidad. Así, la responsabilidad por hecho ajeno es al mismo tiempo una responsabilidad por el hecho propio que constituye negligencia en el deber de cuidado y una especie de garantía por el hecho ilícito del dependiente[69]. El fundamento de la presunción reside en la existencia de un vínculo de autoridad o de cuidado entre el guardián y la persona que realizó el daño.

La doctrina ha recogido ciertas condiciones para que tenga lugar la responsabilidad por hecho ajeno, que son:

> 1. Existencia de una relación de autoridad-obediencia entre dos personas: generalmente esta relación se manifiesta en vínculos de subordinación o dependencia. No necesariamente debe existir una relación laboral implícita;
> 2. Naturaleza privada de la relación de autoridad-obediencia: en los casos de naturaleza pública se aplican las reglas de la responsabilidad extracontractual del Estado;
> 3. Capacidad delictual o cuasidelictual del guardián y del subordinado o dependiente;
> 4. Daño: que el subordinado cometa personalmente un hecho que cause daño;
> 5. Nexo causal: que la víctima acredite todos los presupuestos o condiciones de la responsabilidad extracontractual respecto del autor del daño[70].

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 2220 del Código Civil prescribe la posibilidad de extender la responsabilidad a un tercero y establece circunstancias bajo las cuales este fenómeno puede suceder. Entre los ejemplos es posible observar la responsabilidad del padre respecto a los hechos del hijo, del tutor o curador respecto de los hechos del pupilo, de los empresarios respecto de los hechos de los dependientes, entre otros. Es necesario reconocer que las situaciones en las cuales puede aplicarse la responsabilidad vicarial son varios. Por ende, la norma es meramente enumerativa puesto que no agota todas las posibilidades.

Dentro del ámbito de la responsabilidad por hecho ajeno, el deber de cuidado es de absoluta relevancia en tanto configura un requisito *sine qua non* para la aplicación de la responsabilidad mencionada. Esta obligación de cuidado o vigilia se asume de manera voluntaria o por una imposición de la ley, e implica la responsabilidad ante la omisión de un hecho propio, el de

---

67 Salvador, Pablo y Gómez, Carlos Ignacio. "De la responsabilidad por hecho de otro…". Ó*p. cit.*, pp. 5-7.
68 Barak, Aharon. "Mixed and Vicarious Liability. A Suggested Distinction". *The Modern Law Review* Vol. 29, No. 2 (1966), p. 160.
69 Barros Bourie, Enrique. *Tratado…* Ó*p. cit.*, p. 173.
70 *Id.*, p. 479.

cuidar o vigilar a esa persona[71]. Es decir, la "obligación de cuidado se muestra en la circunstancia de que esa autoridad pudo ser usada como medio de prevención del daño"[72].

Ahora bien, el estándar de debida diligencia en el deber de cuidado varía dependiendo del caso concreto. A manera de ejemplo, en el caso de prestadores de servicios de salud, el deber de cuidado se extiende respecto de la calidad de las "instalaciones u otros elementos materiales que se ponen a disposición del público"[73].

Asimismo, los hospitales ostentan una obligación de vigilancia sobre los enfermos que se encuentran a su cuidado. Por supuesto, este deber es aún más estricto en casas de salud psiquiátricas, en donde los profesionales deben evitar cualquier tipo de accidente que el paciente pueda causarse a sí mismo[74].

3.2.3.1 Exoneración de la responsabilidad vicarial

Cabe recalcar que si se prueba que ha existido la debida diligencia en el deber de cuidado, el guardián podrá eximirse de responsabilidad puesto que la presunción de culpabilidad y responsabilidad por el hecho ajeno es una presunción legal, y como tal, puede ser desvirtuada. El artículo 2220 del Código Civil establece la extinción de la obligación de esas personas si "con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho"[75]. Ahora bien, no basta que la institución de salud compruebe que ha cumplido con la ley y con los estándares de cuidado prescritos. En realidad, un cabal cumplimiento del deber de cuidado implica la sujeción a los deberes ordenados por el legislador y a las costumbres y usos normativos (*Lex Artis*), ya que "la conducta de una persona prudente está regida por el correcto discernimiento de los riesgos y no solo por la letra de la ley"[76]. Por tal razón, en caso de alegar esta causal de exoneración es necesario interpretar el alcance de la imposibilidad o impedimento del guardián.

3.2.4 Tipo de responsabilidad aplicable en el artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud

Si bien es cierto que los diversos regímenes de responsabilidad -responsabilidad solidaria, vicarial y del empleador- pueden coexistir en el ámbito de estudio pertinente, el régimen de responsabilidad vicarial ofrece ventajas frente a la responsabilidad solidaria y a la responsabilidad del empleador. Frente a la solidaria, la responsabilidad vicarial puede resultar eficiente puesto que "el principal responde directa y exclusivamente"[77]. Adicionalmente, la responsabilidad vicarial ofrece un enfoque especializado dentro del ámbito de la responsabilidad del hospital

71 Ruz Lártiga, Gonzalo. *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*. Tomo IV. Santiago: Thomson Reuters, 2011, p. 477.
72 Barros Bourie, Enrique. *Tratado…* Ó*p. cit.*, p. 177.
73 Paillas, Enrique. *Responsabilidad Médica*. Santiago de Chile: Editorial LEXIS NEXIS, 2004, p. 77.
74 Corte Suprema de Australia. *Hunter and New England Local Health District v. McKenna Hunter*; *Hunter and New England Local Health District v. Simon*. Sentencias No. S142/2014; S143/2014, 12 de noviembre de 2014.
75 Código Civil. Ó*p. cit.*, artículo 2220.
76 Barros Bourie, Enrique. "La culpa en la responsabilidad civil". *Ensayos Jurídicos Universidad Alberto Hurtado*, No. 1 (2005), p. 14.
77 Salvador, Pablo y Gómez, Carlos Ignacio. "De la responsabilidad por hecho de otro…". Ó*p. cit.*, p. 5.

por los actos de sus profesionales de salud. Frente a la responsabilidad del empleador, la vicarial no se encuentra limitada estrictamente por la existencia de una relación de dependencia, sino que requiere únicamente de una relación de autoridad-obediencia.

Pese a esta consideración, el artículo 203 de la LOS plantea un régimen de corresponsabilidad que en el derecho de daños ha sido entendido como la aplicación de la responsabilidad solidaria. Al tratarse de un caso de solidaridad, los jueces ecuatorianos se encuentran sujetos a la normativa prevista por el Código Civil. Cabe recalcar que, al contrario, la tendencia a escala internacional se ha inclinado por optar por la responsabilidad vicarial o *respondeat superior* en casos en los cuales los hospitales privados deben responder por las acciones u omisiones de sus profesionales de salud.

De todas maneras, el régimen de responsabilidad solidaria y el régimen de la responsabilidad vicarial comparten semejanzas, especialmente en el ámbito práctico, puesto que ambos sistemas pretenden "ampliar el número de potenciales responsables hasta dar con una organización solvente"[78].

4. Análisis comparado: Chile y España

La legislación constituye un punto fundamental para esta investigación en tanto permite extender la responsabilidad de los actos del profesional de salud a los servicios de salud donde laboran. Adicionalmente, la jurisprudencia es una herramienta clave para interpretar y comprender el alcance de la normativa pertinente. A continuación, se realizará un breve estudio comparado con el fin de comprender la aplicación de disposiciones legales análogas en los sistemas jurídicos de Chile y España. Lamentablemente, la falta de fallos jurisprudenciales ecuatorianos permite únicamente referirse a ordenamientos jurídicos similares que, a través de sus sentencias, pretenden dar un sentido a la responsabilidad del hospital frente a los actos de sus profesionales.

4.1 Chile

El tema de la responsabilidad civil de hospitales y clínicas ha tomado una fuerza imparable en el campo chileno, dejando atrás la responsabilidad individual o personal del médico y convirtiéndose en materia de gran relevancia. Esto se debe a que el ejercicio de la profesión médica actual involucra en su mayoría un trabajo en equipo y una organización empresarial al interior de un hospital, ya sea público o privado[79].

A través de la ley No. 19.966, la legislación chilena ha creado un régimen de garantías de salud cuya finalidad, entre otras, reside en normar la responsabilidad en materia sanitaria[80]. Si bien es cierto que el artículo 38 de la ley prescribe que "los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de

78 *Id.*, p. 2.
79 Zelaya Etchegaray, Enrique. "Responsabilidad Civil de Hospitales y Clínicas (Modernas Tendencias Jurisprudenciales)". *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción,* No. 201 (1997), p. 15.
80 Ley No. 19.966. Diario Oficial del 3 de septiembre de 2004.

servicios"[81], esta norma no se limita únicamente a instituciones públicas. De hecho, el particular puede reclamar ante un daño ya sea por la acción u omisión de un prestador de servicio de salud privado[82].

La doctrina tradicional admite que en caso de un daño ocasionado al paciente en hospitales o clínicas privadas, la responsabilidad civil del prestador del servicio de salud será de carácter contractual, al existir "un vínculo jurídico que une al centro sanitario con el paciente que ingresa al mismo (…), lo que se traduce en la celebración del llamado contrato de hospitalización"[83].

Ha sido el fallo jurisprudencial 904-92 del Juzgado Civil de Santiago el que afirma que "si bien el vínculo obligacional entre la actora y la clínica proviene de un contrato no formal (…), el Tribunal tendrá por acreditada su existencia"[84]. Al admitir la existencia de un vínculo jurídico entre el hospital y el paciente, el ordenamiento jurídico chileno permite que, en caso de un daño verificado, el establecimiento responda por un acto u omisión propio. Por excepción, en casos en los cuales la relación contractual entre el establecimiento de salud y el paciente no han sido establecidos de manera adecuada, el primero "incurrirá en la denominada responsabilidad civil indirecta o por el hecho de otro"[85]. De ser así, el hospital o clínica responde por los actos de su personal, supuesto que se aproxima a la responsabilidad por hecho ajeno prescrita en el artículo 2320 del Código Civil chileno.

En los casos de responsabilidad civil extracontractual, la responsabilidad civil del hospital es directa y responderá únicamente en caso de que se pruebe la culpa o negligencia del establecimiento al "elegir, seleccionar, vigilar, supervisar, controlar o dirigir a sus empleados o a la maquinaria e instrumental técnico utilizado en las prestaciones médicas ofrecidas al público"[86].

Para finalizar con esta sección, cabe mencionar las causales de exoneración de dicha responsabilidad establecidos en la legislación chilena. El artículo 41 menciona la imposibilidad de indemnizar daños que "se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquellos"[87]. Asimismo, el artículo 2320 del Código Civil prescribe que la obligación cesará si "con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho"[88]. Es decir, en caso de que el deber de cuidado del hospital o clínica haya sido cumplido de manera diligente, se aplicarían las causales de exoneración mencionadas.

81 *Id.,* artículo 38.
82 Domínguez Hidalgo, Carmen, *et. al. Responsabilidad Médica, Colección Derecho Privado VI*. Santiago: Universidad Diego Portales, p. 187.
83 Zelaya Etchegaray, Pedro. "Responsabilidad…". Ó*p. cit.,* p. 17.
84 Juzgado Civil de Santiago. *Causa rol No. 904-92*. Sentencia, 29 de abril de 1996.
85 Court Murasso, Eduardo. "Responsabilidad Civil Médica". En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso,* No. XIX (1998), p. 289.
86 Zelaya Etchegaray, Pedro. "Responsabilidad…". Ó*p. cit.*, p. 30.
87 Ley No. 19.966. Ó*p. cit.*, artículo 41.
88 Código Civil. Diario Oficial del 30 de mayo de 2000.

4.2 España

El ordenamiento jurídico español prevé una diferenciación terminológica entre las expresiones *responsabilidad médica* y *responsabilidad sanitaria.* La primera se refiere a la relación existente entre el médico y el paciente, mientras que la segunda involucra todo tipo de servicios cuyo objetivo sea atender la salud humana; entre estos, los servicios hospitalarios[89]. En todo caso, el concepto que concierne a la presente investigación es el de responsabilidad sanitaria.

A la luz de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, el prestador del servicio de salud debe responder ante los actos u omisiones que, por su impericia, hayan causado daño al paciente[90]. En España, el hospital o clínica puede ser responsable personalmente en caso de incumplir con las medidas sanitarias en términos de sus instalaciones, equipo médico, productos empleados, entre otros. Al mismo tiempo, el hospital puede recaer en un caso de responsabilidad por hecho ajeno previsto en el artículo 1903 del Código Civil.

Al igual que en otras legislaciones, la normativa española prevé un caso de exoneración en el cual la responsabilidad cesará si se demuestra que se ha empleado "toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"[91]. En este caso de estudio, dicha norma implica una actuación diligente por parte del hospital y un cumplimiento cabal del deber de cuidado.

Con el fin de determinar el alcance del deber de cuidado, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias no se limita únicamente a comprobar si el hospital o clínica ha cumplido con estándares básicos como la calidad de las instalaciones o la utilización de medicamentos adecuados[92]. De hecho, para ser exonerado de responsabilidad alguna, el establecimiento prestador del servicio de salud debe haber sido oportuno en su atención para con el paciente. La llamada *pérdida de oportunidad* es entendida como el grado de incertidumbre acerca de la actuación médica para constatar en qué medida la omisión del profesional médico hubiera mejorado la situación del paciente o se hubiera podido evitar un resultado lesivo[93]. Es decir, el ordenamiento jurídico español prevé un estándar elevado del deber de cuidado por parte del hospital o la clínica privada.

5. Conclusiones

En tiempos actuales, sería bastante ingenuo limitar el estudio de la responsabilidad civil en materia sanitaria únicamente al vínculo jurídico existente entre el profesional de salud y el paciente. Esto, debido a que, en la mayoría de casos, la mala práctica médica incluye a las instalaciones donde se prestaron dichos servicios. A través de la legislación, fallos jurisprudenciales y doctrina, ha sido posible abrir el campo de debate respecto al área en que los hospitales y clínicas de salud privados responden por las actuaciones de los profesionales médicos que laboran en ellos.

89 Ragel Sánchez, Luis Felipe. "Nuevo enfoque de la responsabilidad médico-sanitaria: la perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, ISSN 0213-988X, No. 18 (2000), p. 230.

90 Código Civil. Boletín Oficial del Estado No. 206 del 25 de julio de 1889.

91 Código Civil. *Óp. cit*., artículo 1903.

92 Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. *Causa No. 136/2015*. Sentencia, 20 de febrero de 2017.

93 *Ibíd*.

Este tema de especial relevancia se ve plasmado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a lo largo el artículo 203 de la LOS, el cual prevé la corresponsabilidad civil del servicio público frente a las actuaciones de sus profesionales. Una simple lectura de la norma mencionada permite comprender la vaguedad y ambigüedad a la cual los jueces ecuatorianos se verán sujetos al momento de aplicar la normativa en un caso concreto.

La presente investigación constituye una inmersión en el campo de la responsabilidad civil de los hospitales respecto de los actos u omisiones de sus profesionales de salud. Asimismo, el artículo pretende sembrar en el lector una vivaz curiosidad sobre un tema debatido a escala internacional que plantea grandes dudas en torno a su aplicación en casos concretos. Algunas aristas de especial interés y que no han podido ser respondidas a lo largo de esta investigación recaen en la repercusión del deber de cuidado y su aplicación en casos concretos. La falta de una respuesta certera reside en la imposibilidad de describir todas las prestaciones que un establecimiento de salud puede ofrecer al ciudadano. Un análisis minucioso requiere del estudio de un caso concreto.

En el ordenamiento jurídico nacional, el desarrollo jurisprudencial sobre el tema que concierne ha sido escaso o nulo. Esto crea expectativa sobre la actitud de los jueces ante una posible interpretación del artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud. Solamente de esta manera, el ciudadano gozará de certeza y seguridad jurídica en lo que concierne a este tema.

De la legislación pertinente se observa un intento por parte del legislador de responsabilizar al hospital o clínica privada a través de la adopción de la corresponsabilidad civil. El término *corresponsabilidad* equivale a la aplicación del régimen de la responsabilidad solidaria en el derecho de daños. Al contrario, a escala internacional la tendencia se ha inclinado hacia la adopción de la responsabilidad vicarial o *respondeat superior* en el ámbito pertinente.

En realidad, no se puede determinar con certeza el tipo de responsabilidad aplicable en los casos en que el hospital debe responder por las actuaciones de sus profesionales de salud. Serán los jueces ecuatorianos quienes, a través de fallos jurisprudenciales, permitan comprender el alcance, la aplicación y la repercusión de la corresponsabilidad establecida en el artículo 203 de la LOS. Por estas razones, se espera que en años futuros la discusión alrededor de la responsabilidad de hospitales y clínicas privadas sea de mayor repercusión en la comunidad jurídica ecuatoriana.

Reconocimiento legal de la identidad de género de los trans: análisis de las regulaciones al cambio del campo "sexo" por el de "género" en la cédula de identidad en el Ecuador

Johanna Egas,
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: johannalejandra.egas@gmail.com

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen

El reconocimiento legal de la identidad de género que regula el cambio del campo "sexo" por el de "género" en la cédula de identidad ocurre por primera vez en la historia legislativa del Ecuador en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles; por tal motivo esta ley ha sido considerada un hito importante para la reivindicación de los derechos de los trans. No obstante, debido al sistema heteronormativo, cisnormativo y binario arraigado en la legislación ecuatoriana, esta ley establece regulaciones restrictivas e invasivas que patologizan a las identidades que difieren de lo considerado tradicionalmente "normal", vulnerando así los derechos de estas personas. Por ello, dichas regulaciones deben ser analizadas a la luz de lo establecido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y por la Constitución de la República del Ecuador.

Palabras clave

Identidad de Género, Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, trans, heteronormatividad, binarismo, sexo, género.

Legal Gender Identity Recognition for trans people: Analysis to the regulations of the modification of the "sex" field by the "gender" field on the Identity Document in Ecuador.

Abstract

The legal recognition of the gender identity that regulates the change of the "sex" field by the "gender" field in the Identity Document, is recognized for the first time in the legislative history of Ecuador in the Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Because of it, this Law has been considered an important milestone for the assertion of the rights of trans people. However, due to the hetero-normative, cisnormative and binary system rooted in Ecuadorian legislation, this law establishes restrictive and invasive regulations that pathologize identities that differ from what is considered traditionally "normal", thus violating the rights of these people. Therefore, these regulations must be analyzed in regard to the international human rights treaties and the Constitution of the Republic of Ecuador.

Keywords
Gender Identity, Organic Law of Identity Management and Civil Data, trans, heteronormativity, binarism, sex, gender.

1. Introducción

Este ensayo tiene por objetivo realizar un análisis de la Ley Orgánica Gestión de Identidad y Datos Civiles (en adelante, LOGIDC), en cuanto esta es invasiva de la vida privada de las personas trans[1]. Este análisis se realizará desde una perspectiva de género, considerando la discriminación que este grupo ha sufrido a lo largo de los años, sobre todo al patologizarse a las identidades que difieren del binarismo. Para ello, se indagará los derechos que son vulnerados por esta ley y la incompatibilidad de la misma con la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) y con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (en adelante, TIDH). Generalmente, el ser humano, dada la forma en que la sociedad ha establecido lo que se entiende por "normalidad", no se cuestiona –y si lo hace, no lo hace públicamente, por temor a represalias–sobre su identidad de género. Sin embargo, sucede que hay personas que sí se cuestionan al respecto, y existe un conflicto entre el sexo con el cual una persona nació y el género con que se identifica. Este es el caso de los transgéneros y transexuales, personas cuya identidad de género es distinta del sexo que se les asignó al nacer[2]. En ellos se puede encontrar un sentimiento de inadecuación con el sexo que les fue asignado. Sobre todo, la persona trans posee una "identidad de género que no coincide con su anatomía corporal"[3] y así rechaza su cuerpo biológico.

2. Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans, Intersex (LGBTI)

Si bien el tema a tratar afecta a la comunidad de personas que son lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales, es necesario mencionar que las personas trans suelen ser las más afectadas. En su mayoría, son ellas quienes solicitan el cambio de sexo para que su identificación en la cédula concuerde con su identidad de género o con su identidad sexual, lo cual será desarrollado a continuación.

LGBTI es el término comúnmente utilizado para referirse a las personas que desafían el sistema binario, heteronormativo y cisnormativo; sin embargo, han surgido nuevas adaptaciones. Como por ejemplo, otros prefieren utilizar LGBTQ+ reconociendo a las identidades *queer*[4] y con el

1 El hacer mención a las personas trans es referirse a los transgéneros y a los transexuales; o, para ser inclusivo, a una gran variedad de identidades bajo el paraguas del término *transgénero*.

2 Bergero, Miguel; De Esteva, Antonio, y Gómez Gil, Esther. "La transexualidad, transexualismo o trastorno de la identidad de género en el adulto: Concepto y características básicas". *Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace,* 78 (2006), p. 8. http://transexualia.org/wp-content/uploads/2015/03/Medico_transexualidadadulto.pdf (acceso: 13/07/2016).

3 Rubio, Javier. "Aspectos Sociológicos de la Transexualidad". *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 21 (2009), p. 1. https://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/21/fjrarribas.pdf (acceso: 17/03/2017).

4 *Queer* ha sido definido como una persona que no se identifica como gay, lesbiana o trans pero que se siente cómodo identificándose como "queer". Se entiende como un término que incluye la diversidad de orientaciones sexuales y de identidades de género. Grisham, Lori. "What does the Q in LGBTQ stand for?". *US TODAY*. 1 de junio de 2015. https://www.usatoday.com/story/news/nation-now/2015/06/01/lgbtq-questioning-queer-meaning/26925563/ (acceso: 14/03/2017).

signo + se reconoce a otras identidades como a los intersex, asexuales, bigénero, pansexuales, pangéneto, entre otros[5]. Por lo mencionado, se cuestiona que se utilice solo el acrónimo LGBTI pues se considera que se excluye a muchas otras identidades.

2.1. Personas trans

Transgénero es un:

> […] umbrella term for people whose gender identity and expression does not conform to the norms and expectations traditionally associated with the sex assigned to them at birth; it includes people who are transsexual, transgender or otherwise considered gender non-conforming[6].

Mientras que transexual es una persona que se identifica con un sexo distinto del que se le asignó al nacer y presenta un deseo de alinear su vivencia al otro sexo, pues considera que se encuentra encerrados en el cuerpo equivocado. Por ello, algunos buscan someterse a tratamientos quirúrgicos u hormonales para que su anatomía se corresponda con el sexo con el que se identifican, lo cual no es una regla general[7]. El ser trans no implica tener un trastorno psiquiátrico ni una enfermedad orgánica; de hecho, la patologización y psiquiatrización de estas personas propende al odio social[8].

3. Diferencia entre el sexo y el género

Resulta importante entender que el sexo y el género son conceptos que suelen ser motivo de confusión, lo que conlleva a la falta de comprensión de las necesidades de la comunidad LGBTI. Por un lado, el sexo tiene una implicación física y generalmente asociada a los órganos sexuales con los que una persona nació[9]. Así, el sexo es determinado por los cromosomas sexuales X y Y; es percibido convencionalmente como un estado dicotómico, por el cual una persona solo puede ser hombre o mujer[10]. Por el contrario, el género se refiere a una construcción social, ideológica, política y moral[11]; no está programado desde lo biológico, sino que se trata de una categoría compleja que se encuentra formada por: la atribución del género, por el núcleo de la identidad de género, y por el rol de género. El primer componente hace referencia al etiquetado que realizan los médicos y familiares del bebé al momento del nacimiento. A partir de entonces, la familia y la sociedad se encargarán de comunicar un discurso cultural sobre los estereotipos de la feminidad y la masculinidad. El segundo implica el "esquema ideo-afectivo más primitivo, consciente e inconsciente de la pertenencia a un género"[12]. Por último, el género comprende los

5 Lancaster University. *What is LGBTQ+?* http://lgbtq.lusu.co.uk/what-is-lgbtq/ (acceso: 14/03/2017).
6 World Health Organization. *Transgender people*. http://www.who.int/hiv/topics/transgender/about/en/ (acceso: 12/01/2017).
7 Bergero, Miguel; De Esteva, Antonio, y Gómez Gil, Esther. La *transexualidad, transexualismo o trastorno de la identidad de género en el adulto... Óp. cit.*, p. 8.
8 Paván, Valeria. "Soy una nena mamá, y mi nombre es Luana". *Niñez Trans*. Buenos Aires: Ediciones UNGS, 2016, p. 46.
9 Cragun, Ryan *et al*. *Introduction to Sociology*. Tampa: Blacksleet River, 2016, p. 148.
10 *Ibíd*.
11 Paván, Valeria. "Soy una nena mamá, y mi nombre es Luana". *Óp. cit*., p. 47.
12 Dio Bleichmar, Emilce. *El feminismo espontáneo de la histeria*. Madrid: Editorial Siglo XXI, 1985, p. 90.

roles de género, es decir, las expectativas respecto de la conducta de las personas, las cuales van a variar dependiendo del sexo al que pertenezcan[13].

Si bien el sexo es determinado por la biología de una persona, este no siempre se corresponde con su género, por lo que estos términos no son intercambiables[14]. El sexo no es fundamental para provocar el sentimiento de pertenecer a un género[15]. En este sentido, existen doctrinarios que consideran que el sexo también es una construcción social y que no se nace como hombre ni como mujer, sino como persona con "una realidad corporal concreta que la cultura se encargará de significar, encasillando de forma excluyente en dos categorías opuestas"[16].

Debido a erróneas concepciones dicotómicas, se considera que hay "merely two ways of looking at the same division and that someone who belongs to, say, the female sex will automatically belong to the corresponding (feminine) gender"[17], y viceversa. Pero en la realidad esto es mucho más complejo[18].

4. Discriminación en contra de las personas trans a causa del heteronormativismo, binarismo y la cisnormatividad

Las personas trans han sido históricamente discriminadas debido al arraigado sistema heteronormativo presente en nuestra sociedad. Este sistema ha neutralizado y normalizado las identidades de género, y se ha impuesto en las personas la obligación de ser heterosexual. La heteronormatividad está compuesta por normas sociales, jurídicas y culturales que fuerzan a las personas a actuar de acuerdo con esquemas y estándares heterosexuales dominantes[19]. Aquello es lo "normal" y tradicional, e irse en contra sería irse en contra de la moral y de la religión. A partir de este sistema, se han creado estigmas y estereotipos en contra de cualquier forma que se oponga a los postulados de la heteronormatividad.

Asimismo, este discurso ha privilegiado a la heterosexualidad como una cierta forma de estado preferente. En tal sentido, se debe considerar que la heteronormatividad ha sido impuesta por el patriarcado[20] y que tanto las identidades como las preferencias sexuales deben ser instituidas con base en el sistema binario. Esto se relaciona con la predominancia de una clara jerarquía sexual, según la cual la heterosexualidad es vista como "normal" y "natural", y cualquier otra forma no

13 *Ibíd.*

14 *Ibíd*.

15 Cragun, Ryan *et al*. *Introduction to Sociology*. *Óp. cit*., p. 148.

16 Carrera, María Victoria; Lameiras, María, y Rodríguez, Yolanda. "Heteronormatividad, cultura y educación. Un análisis a propósito de XXY". *InterSexiones,* 4 (2013), p. 47. https://www.scribd.com/doc/269819185/Analisis-Pelicula-XXY (acceso: 5/01/2017).

17 Oakley, Anne. *Gender, Women, and Social Science*. Bristol: University of Bristol, 2005, p. 8.

18 UNFE. "¿Qué significa ser "intersex"?". *Free & Equal United Nations*. https://www.unfe.org/system/unfe-72-Intersex_Factsheet_SPANISH.pdf (acceso: 12/01/2017).

19 Fabeni, Stefano y Fried, Susana. *Cómo lograr credibilidad y fortalecer el activismo: una guía para la incidencia en temas de sexualidad*. Washington D.C: Global Rights, Partners for Justice, 2010, p. 106. http://www.redpartidos.org/files/gr_guide_sp-final5a.pdf (acceso: 13/07/2016).

20 El patriarcado es una ideología que construye las diferencias entre hombres y mujeres como biológicas y naturales, y promueven la asignación de roles y comportamientos propios de cada género. Facio, Alda. "Feminismo, Género y Patriarcado". *Universidad Autónoma de Barcelona* p.3. http://centreantigona.uab.es/docs/articulos/Feminismo,%20género%20y%20patriarcado.%20Alda%20Facio.pdf (acceso: 15/04/3027).

correspondiente a esta forma de expresión de sexualidad es considerada como "contra natura" y "anormal". Desde esta perspectiva se ve a la heterosexualidad como la sexualidad natural[21].
En este punto, se debe mencionar que la cisnormatividad se encuentra presente en la sociedad, ya que este término describe la expectativa de que las personas a las que les fue asignado el sexo masculino al nacer, crecen para ser hombres, y las personas a quienes se les asignó el sexo femenino, crecen para ser mujeres[22]. Los presupuestos establecidos por la cisnormatividad se encuentran enraizados cultural y socialmente, de forma tal que puede ser dificultoso identificarlos.
Por ello, existen presunciones respecto a que "todas las personas son mujeres u hombres y que este elemento define el sexo, el género, la identidad de género y la orientación sexual de cada persona"[23]. Esta ideología vigoriza la opresión de las personas que no se encasillan en la dicotomía de género. Principalmente, promueve el menoscabo de sus oportunidades de desarrollo y los apunta como objetivo de ataques[24]. Por ende, la cisnormatividad rechaza la posibilidad de la existencia de los trans y de su visibilización.
Asimismo, el sistema binario se ha posicionado como un modelo dominante en Occidente, de acuerdo con el cual el género y el sexo comprenden dos clases: hombre/ mujer y femenino/ masculino. Por lo mismo, se descarta a las personas no comprendidas dentro de estas categorías, como es el caso de los trans. Tal modelo ha sido totalmente nocivo para este grupo poblacional porque tiene un gran impacto en su vida; lo cual los lleva a someterse a cirugías genitales y tratamientos, impulsados por la aspiración de visibilizar una imagen con la que se sienten identificados.
La fuerte influencia de este sistema que privilegia a los heterosexuales causó que –hasta hace poco– la Asociación Americana de Psiquiatría considerase a las personas trans y transgenéricas como enfermos mentales. Sin embargo, esto cambió desde el 22 de mayo de 2013, cuando el Manual Estadístico de los Trastornos Mentales V (en adelante, DSM-V) creado por la American Psychiatric Association fue reformado, y ahora ya no se considera a la transexualidad como una enfermedad mental[25]. Si bien ya no se la considera como tal, actualmente se la encaja en la disforia de género[26], manteniendo una "patologización orgánica [que mira] a la transexualidad como una enfermedad"[27]. Asimismo, la Organización Mundial de la Salud había incluido la categoría de trastornos de la identidad de género, considerados como patologías mentales.

---

21 Rubin, Gayle. "Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality". *Middlebury College*, Cap. 9 (2008), pp. 151-153 http://sites.middlebury.edu/sexandsociety/files/2015/01/Rubin-Thinking-Sex.pdf (acceso: 13/07/2016).
22 Bauer, Greta *et al*. "I don't think this is theoretical; this is our lives: How erasure impacts health care for transgender people". *Journal of the Association of Nurses in Aids Care* 20/5 (2009), p. 356. https://www.academia.edu/355463/_I_Dont_Think_This_is_Theoretical_This_is_Our_Lives._How_Erasure_Impacts_Health_Care_for_Transgender_People (acceso: 13/07/2016).
23 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra personas LGBTI*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 noviembre 2015, párr. 32.
24 *Ibíd*.
25 Alfageme, Ana. "Los Transexuales ya no son enfermos mentales". *El País*. 5 de diciembre de 2012, párr. 1. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/12/04/actualidad/1354628518_847308.html (acceso: 13/07/2016).
26 *Ibíd*.
27 Paván, Valeria. "Soy nena mamá y mi nombre es Luana"… *Óp cit*., p. 45.

De esta manera, se puede observar la patologización que ha existido con respecto a las personas trans. Frente a ello es necesario resaltar que considerar a los trans como enfermos es perpetuar la discriminación en su contra. Además de ser clasificaciones arbitrarias y violatorias de derechos, desvían la atención de lo que verdaderamente es importante: la discriminación, el rechazo y la transfobia que enfrentan estas personas por haber manifestado una identidad que se contrapone al sistema heteronormativo y a sus normas socialmente aceptadas para la asignación del sexo. Frente a ello, es necesaria una despatologización del sistema actual, con la cual la sociedad deje de considerar al grupo trans como enfermos o trastornados mentales. Es esencial que sea reconocido el derecho de estas personas a decidir sobre su identidad de género y sobre sus cuerpos. La consecuencia más grave de esto es la discriminación a la que se ven enfrentados a diario, ya que la sociedad los considera como cuerpos desordenados que sufren de alguna patología. Al salirse de los límites de lo "normal" trazados por la heteronormatividad, las personas trans son objeto de discriminación y de violencia. Sobre todo porque parecería que se quiere castigar a las identidades y cuerpos que difieren de los roles tradicionales de género contrarios al sistema binario[28].La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), en su informe de violencia contra las personas LGBTI, ha realizado énfasis en la violencia a la que se ven expuestas las personas trans. Sobre todo, señala que se encuentran inmersas en un ciclo de discriminación y violencia que comienza desde edades tempranas. Tal situación se ve agravada por falta de disposiciones, legales o administrativas, que reconozcan su identidad de género. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha pronunciado en este ámbito y ha hecho mención a que la violencia que enfrenta este grupo de personas constituye una forma de violencia de género instigada por la pretensión de "castigar" a quienes se van en contra de las normas de género[29]. Lastimosamente, la discriminación fundada en la identidad sexual de una persona conlleva la deshumanización de las víctimas, lo que de costumbre da lugar a la tortura y a los malos tratos[30].

En muchos casos, inclusive la sola percepción de ser trans pone a estas personas en riesgo. La CIDH ha encontrado que en varios contextos lo que conlleva a la violencia y discriminación no es la forma en que una persona se reconoce a sí misma, sino la forma en que es percibida por otras personas. En este sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido que la violencia basada en la identidad de género real o percibida, debe ser condenada[31].

28 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra personas LGBTI*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 noviembre 2015, párr. 9.

29 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011, párr. 20.

30 Organización de Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. A/56/156, 3 de julio de 2001, párr. 19. En Consejo de Derechos Humanos de la ONU. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez*. A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 79.

31 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Resolución sobre la Protección contra la Violencia y otras Violaciones de Derechos Humanos sobre la base de la Orientación Sexual Real o Imputada*, 12 de mayo de 2014, párr. 9.

Debido a que los sistemas mencionados se encuentran tan arraigados en la sociedad, se han creado estigmas, estereotipos y discriminación en contra de las personas trans. Dichos estigmas han sido constituidos como procesos de deshumanización y degradación de este grupo poblacional. Se debe recalcar que el objeto de los estigmas es una cualidad que es considerada "anormal" y las víctimas de los estigmas son quienes no se adaptan a la norma social[32]. Frente a esto, se debe acotar que los estigmas no se basan en prácticas homogéneas e inmutables, por lo que estos sistemas que contribuyen a la institución de estereotipos pueden ser deconstruidos. La principal forma de hacerlo es mediante el cuestionamiento de la legitimidad de quienes se basan en estigmas.

Considerando lo expuesto, es pertinente mencionar que las personas transexuales han sido altamente discriminadas en el Ecuador. El Instituto Nacional de Estadística y Censos (en adelante, INEC) señala que un 70,9% de la población LGBTI ha sufrido discriminación[33]. Esto se puede evidenciar con la existencia de detenciones ilegales en clínicas de deshomosexualización, las cuales ofrecen revertir la identidad de género y una "cura" a la homosexualidad[34]. En estas clínicas se interna a las personas contra su voluntad para que sean sometidas a los tratamientos ofrecidos[35]. Los métodos de estas clínicas incluyen el abuso psicológico, físico y sexual[36]; además, allí los pacientes son sometidos a torturas como mecanismo de normalización[37].

A pesar de los avances en el reconocimiento legal de la identidad de género, la discriminación en contra de las personas LGBTI se encuentra arraigada en la sociedad. Por ello, el colectivo en Ecuador no puede satisfacer sus necesidades básicas porque no hay un acceso pleno a los derechos a educación, trabajo, alimentación, vivienda, salud, y seguridad social[38]. La discriminación a la que se encuentran expuestos se ha fomentado no solo por los patrones culturales y religiosos existentes en la sociedad, sino por la violencia jurídica de normas que persiguen la vida íntima bajo la justificación de la defensa de la moral pública[39], como es el caso de la LOGIDC, lo cual se constatará posteriormente.

32 Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento: El estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento*. A/HRC/21/42, 2 de julio de 2012, párr. 65.

33 Gómez, Marcelo *et al*. *Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en el Ecuador*. Quito: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2013, p. 31. http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Analisis_situacion_LGBTI.pdf. (acceso: 16/04/2017)

34 Consejo de Derechos Humanos de la ONU. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 52.

35 Soria, Efraín *et al*. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Poblaciones LGBTI en Ecuador*. 2013. www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54809.pdf (acceso: 14/03/2017).

36 *Ibíd*.

37 Sandoval, Karina. ¿Son Todos los hombres iguales? Tesis de Maestría. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO, Quito, 2013, p. 82.

38 El Telégrafo. "La población GLBTI ecuatoriana aún vive en condiciones de desigualdad". *El Telégrafo*. 21 de octubre de 2013, párrs. 21-35. http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/masqmenos/1/la-poblacion-glbti-ecuatoriana-aun-vive-en-condiciones-de-desigualdad (acceso: 05/01/2017).

39 Quinche, Manuel. "Violencias, omisiones y estructuras que enfrentan las personas LGBTI". *Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 18, No. 2 (2016), p. 58.

5. Derechos vulnerados por la LOGIDC

La LOGID fue aprobada por la Asamblea Nacional con 77 votos a favor, el 15 de diciembre del 2015[40]. Esta ley parecía ser una innovación en materia de derechos humanos pues contemplaba el reconocimiento del uso del término "género" en vez de "sexo". Sin embargo, el inciso final del artículo 94 de la mencionada ley vulnera varios derechos, frente a lo cual se debe entender que la mencionada ley fue construida en un sistema altamente binario, patriarcal, heteronormativo y cisnormativo.

Antes de comenzar con este análisis, es necesario contemplar la literalidad del artículo mencionado. El artículo 94 prescribe que:

> [V]oluntariamente, al cumplir la mayoría de edad y por una sola vez, la persona por autodeterminación podrá sustituir el campo sexo por el de género que puede ser: masculino o femenino. El acto se realizará en presencia de dos testigos que acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante y por al menos dos años, de acuerdo con los requisitos que para el efecto se determinen en esta Ley y su reglamento. Este cambio no afectará los datos del registro personal único de la persona relativos al sexo. De darse esta situación, el peticionario podrá solicitar el cambio en los nombres a causa de la sustitución del campo sexo por el de género[41].

Este artículo nos trae tres problemas que pueden ser claramente visibilizados. El primero es el hecho que exista dualidad de cédulas. Por un lado, las unas para heterosexuales con la palabra "sexo" y la otra para personas sexualmente diversas con la palabra "género". Este fenómeno potencia la discriminación en contra de las personas que tengan en su cédula el término *género*. Es decir, las personas sabrán que se trata de una persona que cambió su identidad; siendo esto algo íntimo y parte de la vida privada de una persona.

El segundo problema es que para poder realizar el mencionado cambio, de sexo a género, se necesitan dos testigos que acrediten "una autodeterminación" contraria al sexo del solicitante, y de por lo menos dos años. Ante lo cual caben las preguntas: ¿podrá un tercero acreditar la autodeterminación de una persona?; ¿no es la autodeterminación, como la misma palabra lo indica, propia de una persona y consecuencia del derecho del libre desarrollo de la personalidad?; ¿por qué, entonces, un tercero tiene un decir en algo tan íntimo de una persona?; ¿no sería suficiente con que la persona exprese su deseo de cambiar el sexo –que le fue asignado arbitrariamente al momento de nacer–por el género con el cual se siente verdaderamente identificada?

Otro de los problemas que esta ley acarrea es que este cambio se puede hacer cuando una persona ha cumplido la mayoría de edad. Esto afecta directamente a niños trans, pues existen niños cuya identidad de género, desde una temprana edad, difiere del sexo biológico que se les fijó en función de sus genitales. Este tema será analizado en un apartado distinto ya que no se puede equiparar las necesidades de los adultos con las de los niños, niñas y adolescentes trans.

40 Zamora, Paúl. "Asamblea aprueba Ley de Gestión de la Identidad". *El Comercio*. 10 de diciembre de 2015, párr. 1 http://www.elcomercio.com/actualidad/asamblea-aprueba-ley-gestion-identidad.html (acceso: 16/07/2016).

41 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Artículo 94. Registro Oficial No. 684 del 4 de febrero de 2016.

Dentro de este análisis, resulta prudente considerar los derechos de las personas trans para poder establecer la incompatibilidad de la mencionada ley con la CRE y los tratados internacionales, y explicar por qué estos son menoscabados y vulnerados. En primer lugar, las personas trans son seres humanos, por lo tanto, son sujetos de derechos. La CRE y los tratados internacionales consagran los principios de igualdad y no discriminación, derecho a la vida privada, libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la dignidad humana.

5.1. El bloque de constitucionalidad y el tratamiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la Constitución del Ecuador

Antes de proceder, se debe tener claro el concepto de bloque de constitucionalidad y el tratamiento que la CRE da a los instrumentos internacionales de derechos humanos. El bloque de constitucionalidad se refiere a que existen principios y normas que, sin encontrarse de manera formal en la CRE, forman parte de ella[42]. Así se ha referido la Corte Constitucional ecuatoriana a esta institución, y ha explicado que está formada por:

> normas que no constando expresamente dentro de las normas positivas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado: la protección de la dignidad humana[43].

Por ello, para analizar la constitucionalidad de las normas, se debe tomar en cuenta además de la CRE a los instrumentos internacionales de derechos humanos, que orientan a los jueces a identificar elementos esenciales respecto de la fisonomía de la CRE[44].

El bloque de constitucionalidad implica que los Estados, además de estar obligados por el cumplimiento del contenido de sus constituciones, están obligados por los tratados internacionales que han ratificado pues estos pasan a insertarse dentro de la CRE[45], criterio ratificado por la CIDH[46]. La Corte Constitucional ecuatoriana ha afirmado que cuando el Ecuador ratifica un tratado internacional, las normas que emanen de él se consideran imperantes y forman parte del bloque de constitucionalidad[47].

La CRE otorga una jerarquía especial a los TIDH al disponer que aquellos ratificados por el Estado –que reconozcan derechos más favorables– prevalecerán sobre cualquier norma jurídica[48]. En el mismo sentido, la Corte Constitucional se ha manifestado al haber proclamado que forman parte del bloque de constitucionalidad todos los tratados internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, y por lo tanto estas normas se consideran imperantes[49].

42 Caicedo, Danilo. "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución". *Foro: Revista de Derecho*. No. 12 (2009), p.12.
43 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0072-14-CN*. Sentencia, 11 de noviembre de 2014.
44 Corte Constitucional del Ecuador. *Resolución de la Corte Constitucional 1-A*. Registro Oficial, 1 de junio de 2009.
45 Tribunal Constitucional. *Resolución 001-2004-DI*. Registro Oficial No. 374 del 9 de julio de 2004.
46 Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile*. Sentencia, 5 de febrero de 2001, párr. 87. *Caso las Masacres de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia, 7 de marzo de 2005, Excepciones Preliminares, párr. 115.
47 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0027-09-AN*. Sentencia No. 008-09-SAN-CC, 9 de diciembre de 2009.
48 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 421. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
49 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 0008-09-SAN-CC*. Registro Oficial del 29 de diciembre de 2009.

La CRE ecuatoriana inclusive va más allá, al prescribir que "los derechos y garantías establecidos en la CRE y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación"[50]. La Carta Magna reconoce que los instrumentos internacionales de derechos humanos que sean más favorables que lo establecido en la CRE serán aplicados directamente por funcionarios públicos[51].

Por último, dado que se utilizarán varias normas de *soft law* en el desarrollo de este trabajo, se debe hacer énfasis en la importancia del *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este se encuentra conformado por varios instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados como resoluciones, declaraciones, tratados y convenios[52].

5.2. Análisis de derechos

5.2.1. Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación ha sido reconocido como norma de *ius cogens*[53], y los Estados tienen la obligación de garantizarlo. Se encuentra reconocido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), en los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y en el artículo 11 numeral 2 de la CRE, los cuales señalan que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, y que se prohíbe la discriminación por identidad de género o sexo. Esto, considerando que la CIDH ha afirmado que hay prohibición de discriminación ilegítima en razón de una categoría sospechosa, siendo la identidad de género y el sexo categorías prohibidas de discriminación[54].

Convenios internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (1982) coinciden en el entendimiento de discriminación. Estas convenciones indican que la discriminación se refiere a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en ciertos motivos "que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales"[55] en varias esferas como política, social, etc. Este criterio ha sido adoptado por el Comité de Derechos Humanos[56], por la Comisión Africana de Derechos Humanos[57], y por el Tribunal

50 Constitución de la República del Ecuador. Art. 11. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
51 Constitución de la República del Ecuador. Art. 426. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
52 Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del debido proceso* legal. Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, párr. 115.
53 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 24 de febrero de 2012, párr. 79.
54 *Ibíd*.
55 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965). Art. 1.
56 Comité de Derechos Humanos. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I). Observación General No. 18, 1989, párr. 7.
57 Comisión Africana de Derechos Humanos. *Caso Legal Resources Foundation v. Zambia Comunicación 211/98*. Sentencia, 7 de mayo de 2001, párr. 63.

Europeo de Derechos Humanos[58]. En lo que corresponde a la existencia de dualidad de cédulas, se trata de una distinción basada en la identidad de género que tiene por objeto y resultado el menoscabo de la igualdad ante la ley y del reconocimiento de derechos en condiciones de igualdad. En primer lugar, se trata de una distinción que tiene por objeto (discriminación directa)[59] el menoscabo de derechos pues existen cédulas distintas para las personas que han optado por el cambio del campo “sexo”. Por ende, nos encontramos ante un escenario en el que existen cédulas excepcionales para personas trans por lo que habría lugar a la discriminación entre documentos de “primera y segunda categoría”[60], puesto que se estaría dividiendo a la población.

En segundo lugar, cuando se habla de resultado (discriminación indirecta)[61], se hace referencia a que el efecto de dos tipos de cédulas es que las que contengan la palabra “género” denotan que la persona accedió a dicho cambio. Como se ha mencionado anteriormente, la sola percepción de ser trans pone en riesgo de ser sometido a tratos discriminatorios, provocando un efecto negativo en un grupo vulnerable, que en este caso son los trans.

Estos tratos generalmente han sucedido por la falta de concordancia entre la apariencia física y lo que refleja el documento de identidad. No obstante, una persona que busque que su apariencia y documento concuerden y haya accedido al cambio, seguirá siendo identificada como trans. Consecuentemente, se perpetúa la discriminación en su contra, porque la cédula es un documento que es requerido para muchos trámites diarios y que expone de gran manera la identidad de las personas[62].

Frente a ello, se pueden plantear dos soluciones: la primera es que en la cédula de identidad no conste ni la palabra “género” ni la palabra “sexo”, sino que sean datos confidenciales, pues es jurídicamente irrelevante que estos datos consten en el documento de identidad. La segunda es que en la cédula de todas las personas conste la palabra “género” de manera universal y que esto no sea optativo. Para que no haya dos tipos de cédulas y de esa manera se exponga a las personas trans.

5.2.2 Derecho a la vida privada e intimidad

En cuanto al derecho a la vida privada, este se encuentra consagrado en el artículo 11 de la CADH al prescribir que nadie puede ser objeto de injerencias en su vida privada y que toda persona

58 Corte Europea de Derechos Humanos. *Lithgow y otros vs. Reino Unido*. Sentencia, 8 de julio de 1986, Vol. 102, Serie A, párr. 177.

59 Corte IDH. *Espinoza Gonzáles* vs. *Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 20 de noviembre del 2014, párr. 220; Corte IDH. *Norín Catrimán y otros* vs. *Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 29 de mayo del 2014, párr. 201; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros* vs. *República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia, 24 de octubre de 2012, párr. 236.

60 El Universo. “Pacto trans pide que toda cédula incluya el género”. *El Universo*. 2 de octubre de 2015, párr. 2. http://www.eluniverso.com/noticias/2015/10/22/nota/5197499/pacto-trans-pide-que-toda-cedula-incluya-genero (acceso: 28/02/2017).

61 Aguilera, Adriadna. “Discriminación directa e indirecta”. *InDret*. No. 1 (2007), p.9.

62 Marriage Equality. *Legal Submission to the Gender Recognition Advisory Group*, 2011. http://www.marriagequality.ie/download/pdf/marriage_equality_submission_on_gender_recognition.pdf (acceso: 28/02/2017).

tiene derecho a ser protegida por la ley en contra de estas. En los principios de Yogyakarta[63], se establece el derecho a la privacidad, y se señala que las personas tienen derecho al goce de su privacidad independientemente de su identidad de género. Este derecho incluye la "opción en cuanto a revelar o no información relacionada con [la] identidad de género, como también las decisiones [...] relativas al propio cuerpo [...]"[64]. El ámbito de protección del mencionado derecho ha sido expuesto ampliamente por tribunales internacionales, al manifestar que este derecho va más allá de la privacidad y que abarca el desarrollo y la autonomía personal de una persona[65].

La CIDH ha considerado que este derecho "abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares"[66.] De esta forma se protege el derecho a determinar la propia identidad y a formar relaciones personales con base en esa identidad, aunque esta identidad no sea aceptada por la mayoría[67].

La vida privada e intimidad incluye la "opción en cuanto a revelar o no información relacionada con [la] identidad de género, como también las decisiones [...] relativas al propio cuerpo [...]"[68], y es en la legislación de los Estados donde debe protegerse de mayor manera este derecho. Es decir, "la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás"[69]. Se entiende que son componentes esenciales de la vida privada: la expresión e identidad de género y la orientación sexual[70]. La Corte Europea de Derechos Humanos también se ha pronunciado al respecto y consideró que la vida privada "embrace aspects of an individual's physical and social identity. Elements such as, [...] gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8"[71], del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El derecho a la vida privada e intimidad es vulnerado por la mencionada ley al exigir que dos testigos acrediten una autodeterminación contraria a la del sexo del solicitante, puesto que se están inmiscuyendo el Estado y los testigos en la vida íntima y privada de una persona. La identidad de género depende de cada persona, y obligar a un tercero a que acredite una

63 Son una serie de principios que fueron realizados por La Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos junto con expertos en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estos principios buscan guiar la interpretación y aplicación de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de cuestiones relativas a la orientación sexual y a la identidad de género. Yogyakarta Principles Organization. *Sobre los Principios* Yogyakarta, 2016. http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/ (acceso: 7/05/2017).

64 Principios de Yogyakarta. Principio 6, 2007.

65 TEDH. *Caso Peck vs. Reino Unido (No.44647/98)*. Sentencia, 28 de enero de 2003, párr. 57.

66 Corte IDH. *Atala Riffo vs. Chile*. Demanda ante la Corte IDH, 17 de septiembre de 2010, párr. 111.

67 *Ibíd*.

68 Principios de Yogyakarta. Principio 6, 2007.

69 Ibáñez, Juana. "Prohibición de la Discriminación por Orientación Sexual: Alcances y Desafíos de un Estándar Interamericana surgido del Diálogo con el Tribunal Europea de Derechos Humanos". *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, No. 12 (2014), p. 185.

70 OEA: Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, Identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. OEA/Ser.G CP/CAJP/INF. 166/12, 23 de abril de 2012, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf (acceso: 19/02/2017).

71 Corte Europea de Derechos Humanos. *Case of Pretty v. The United Kingdom*. Aplicación No. 2346/02, 29 de abril de 2002, párr. 61.

autodeterminación constituye una injerencia arbitraria en la vida privada. La solución frente a esta problemática es la suspensión del requisito de los testigos, pues es totalmente denigrante.
Es ilógico pensar que un tercero pueda autodeterminar al solicitante ya que ello resulta en una invasión en la esfera de la vida privada de las personas, considerando que este derecho comprende la forma en que una persona se ve a sí misma y de cuánto proyecta a los demás. Por ende, cualquier otra persona que no sea el solicitante no puede declarar sobre cómo ese solicitante se ve a sí mismo. La consecuencia de este requisito es que dos personas ajenas a la vivencia interna del género autopercibido de una persona se involucren en un proceso privado del solicitante, constituyéndose una intrusión de la comunidad exterior.
Aquí, se debe precisar los conceptos de injerencia ilegal y arbitraria. El primero implica que no puede producirse ninguna injerencia a excepción de los casos previstos por la ley. Con injerencias arbitrarias se hace referencia a que "incluso cualquier [intromisión] prevista en la ley [debe estar] en consonancia con las disposiciones"[72] del Pacto Internacional de PICDP y debe ser razonable. Los funcionarios estatales competentes pueden solicitar únicamente información relacionada a la vida privada de los individuos cuando ese conocimiento sea indispensable para los intereses de la sociedad[73]. Han apoyado este criterio tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como la CIDH, al señalar que las excepciones al deber de no injerencia en la vida privada se justifican si están indicadas en la ley, si tienen un objetivo legítimo, y si son necesarias en una sociedad democrática[74].
Respecto al requisito de los testigos, no se considera que se trate de una injerencia ilegal. No obstante, sí se trata de una arbitraria ya que no está en consonancia con las disposiciones del PIDCP pues, como se ha mencionado, viola el principio de igualdad y no discriminación, y tampoco es razonable. El objetivo legítimo en ambos casos es la seguridad jurídica. Sin embargo, las restricciones no son necesarias pues existen otras alternativas menos lesivas para garantizar esta seguridad, además de que no son proporcionales pues la invasión en la vida privada es excesiva respecto de los objetivos perseguidos por la restricción.

5.2.3 Libre desarrollo de la personalidad

Otro de los derechos que se ve afectado por la LOGIDC es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido por el artículo 66 numeral 5 de la CRE. De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, este derecho comprende la facultad de toda persona de autodeterminarse, de elegir sus opciones vitales sin que exista ninguna injerencia, de desarrollar su plan de vida y fijarse normas propias. Cada persona es libre de adoptar un modelo de vida que vaya acorde a sus convicciones e intereses[75].

72 Observación General No. 16 del Comité de Derechos Humanos (1988). párr. 4.
73 *Id*., párr. 7.
74 Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Yilmaz vs. Alemania*. Sentencia, 22 de abril de 2004, párr. 25; *Caso Campbel y Fell vs. el Reino Unido*. Sentencia, 28 de junio de 1984, párr. 108. Corte IDH; *Caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 24 de febrero de 2012, párr. 164.
75 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-918 de 2012*. Expediente T-3545998. Sentencia, 8 de noviembre de

> La autonomía de la persona, parte [...] del reconocimiento de su individualidad, [entonces] quien es dueño de sí, lo es en virtud de la dirección propia que libremente fija para su existencia. Es [...] vivir como se piensa [y] la dimensión de la única existencia, [...] dada su calidad esencial, debe ser reconocida como derecho inalienable por el Estado[76].

Por tanto, este derecho consagra que las personas podrán desarrollarse, autodeterminarse, y dirigir su vida de acuerdo con sus propósitos, preferencias e inclinaciones[77]. Este derecho protege la dignidad de la persona humana e incluye manifestaciones internas y externas de la personalidad, así como la apariencia y la intimidad[78]. El desarrollo jurisprudencial respecto a este derecho incluye ciertas reglas del principio de libertad que son: libre apariencia personal, libre identidad personal, libre opción sexual, entre otros[79]. El derecho a la identidad supone ciertas calidades como las de carácter biológico, por lo que puede deducirse como "derecho individual la posibilidad de identificarse con el sexo biológico al cual se pertenece"[80].

Un elemento importante de este derecho es el desarrollo del propio ser[81]. El derecho al libre desarrollo de la personalidad busca proteger la autodeterminación individual de una persona conforme su proyecto de vida respecto de las decisiones que afectan su propia vida[82]. Protege además la capacidad de los individuos de tomar decisiones y tiene como fin que las personas puedan autodeterminar sus decisiones sin ningún tipo de coacción, injerencia ni control[83] injustificado por parte del Estado. Por lo tanto, la autodeterminación es una cara del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Después de este sucinto análisis del libre desarrollo de la personalidad, se puede concluir que el cambio de sexo/género constituye una forma de ejercicio de este derecho. La manera en que una persona se siente y se proyecta desde su perspectiva sexual es parte de su autonomía y dignidad humana[84]. Se menoscaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad por la ley en cuestión al exigir dos testigos que acrediten la autodeterminación del solicitante, lo cual constituye una traba e intrusión en el libre desarrollo de la personalidad, puesto que quien tiene la autonomía para decidir sobre su identidad sexual y los cambios en su cuerpo biológico es la persona misma y no un tercero. Entonces, dicho requisito constituye un obstáculo para el pleno ejercicio de este derecho.

2012, párr. 72.

76 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-594 de* 1993. Expediente T-22442. Sentencia, 15 de diciembre de 1993, párr. 27.

77 Villalobos, Kevin. *El libre desarrollo de la personalidad como fundamento universal de la educación*. "Simposio 2009: 'La Población Joven de Costa Rica a partir de la I Encuesta Nacional de Juventud'". San José: UNFPA, 2011, p. 141. *Vid*. http://cpj.go.cr/archivos/44simposio-2009.pdf

78 Villalobos, Kevin. *El Derecho Humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica, San Ramón, 2012, p. 66.

79 Lozano, Germán. *El Libre Desarrollo de la Personalidad y cambio de Sexo: El "Transexualismo"*. http://www.rua.unam.mx/repo_rua/temas_transversales_de_interes_general/300_ciencias_sociales/306_cultura_e_instituciones/_5534.pdf (acceso: 14/072016).

80 *Ibíd*.

81 Ontiveros, Miguel. "El libre desarrollo de la personalidad". *Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, No. 15 (2006), pp. 66-67.

82 *Id*., p. 86.

83 Lozano, Germán. *El Libre Desarrollo de la Personalidad y cambio de Sexo: El "Transexualismo"*. Óp. cit.

84 *Ibíd*.

6. Dignidad humana

Respecto a la dignidad humana, en el PIDCP y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) se reconoce a la dignidad humana como presupuesto inherente a todos los seres humanos, y constituye una base de los derechos. Es además el valor básico que fundamenta los derechos humanos y permite ver a la persona como sujeto libre. Está garantizado también en la CRE en varios artículos. La Corte Constitucional colombiana establece que el contenido de esta garantía comprende tres escenarios:

> (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)[85].

Frente a ello, este mismo tribunal ha establecido que el derecho de las personas a definir su identidad sexual y de género de manera libre e independiente se encuentra protegido por el respeto a la dignidad humana en los tres escenarios antes planteados. Debido a la falta de correspondencia entre la identidad de género y el sexo que aparece en los documentos de identidad, hay una forma de denegación de la dignidad humana en cuanto menoscaba el derecho a vivir como cada persona desee. Lo que puede convertirse en objeto de discriminación, afectando el derecho a vivir sin humillaciones[86].

El respeto a la dignidad humana se ve transgredido por el artículo 94 de la LOGIDC pues, una vez más, el requisito de los testigos es una humillación a la persona y al vivir como se quiera, como dimensión de la dignidad. Asimismo, el que existan dos tipos de cédula tiene como consecuencia la vulneración a la dimensión de vivir sin humillaciones, pues terceros ajenos a la identidad de género de una persona deben acreditar la forma en que esta se autodetermina. Entonces, que testigos declaren la forma en que las personas trans son percibidas es "una nueva fuente de discriminación y humillaciones contra quienes no se ajustan al estereotipo social de lo masculino o lo femenino"[87].

Por último, el artículo en cuestión se va en contra del artículo 11 numeral 4 de la CRE ecuatoriana, el cual dispone que ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos. El Estado al establecer trabas e injerencias arbitrarias en la vida privada de los trans, está restringiendo el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación, vida privada, libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Todas las personas tienen derecho a definir soberanamente su identidad sexual y de género, y los datos que correspondan a su identidad.

Por lo que el Estado debe respetar el ejercicio libre de la identificación de las personas al

85 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-881*. Expediente T-542060. Sentencia, 17 de octubre de 2002, p. 10.
86 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-063/15*. Expediente T-4541143. Sentencia, 13 de febrero de 2015, p. 13.
87 Salazar, Daniela. *Ni sexo ni género en la cédula*. 18 de enero de 2016. http://gkillcity.com/articulos/el-mirador-politico/ni-sexo-ni-genero-la-cedula. (acceso: 15/07/2016).

reconocer legalmente su género autopercibido y no puede entrometerse en su ejercicio individual. Tampoco puede imponer obstáculos o "pretender que la identidad se constituya únicamente a partir del reconocimiento de la autoridad del Registro Civil"[88]. La identidad es la forma en que una persona se siente. La misma puede o no ser expresada en público, por lo que los testigos no pueden dar fe de cómo alguien se autoidentifica. En Ecuador, como en la mayoría de países latinoamericanos, existen altos niveles de prejuicio[89], los terceros pueden no tener una percepción acertada de la identidad de género de determinada persona. El que un tercero perciba a una persona como alineada a lo masculino o a lo femenino no tiene ningún tipo de relación con la identidad de género de una persona.

7. Niñez trans

Como se ha mencionado anteriormente, el reconocimiento legal del género en la cédula de identidad es una problemática que afecta tanto a personas mayores de 18 años como a niños, niñas y adolescentes trans, quienes sufren de discriminación debido a la incongruencia entre su género autopercibido y el sexo asignado.

En este sentido, se debe mencionar que si bien existen fundamentos por los cuales los Estados se niegan a permitir este cambio en el caso de los menores de edad, se debe tener en cuenta que al negar a los niños, niñas y adolescentes el derecho a la identidad, se produce un atentado en contra del principio de igualdad y no discriminación. Se debe tomar en consideración que "[s]in el reconocimiento de la identidad de género, se coartan todos los demás derechos en un contexto tan importante de crecimiento y formación […] a nivel educativo, de salud, [etc.]"[90]. Esta situación que afecta a menores de edad es de gran complejidad, pues ciertas legislaciones los consideran incapaces absolutos, y a su corta edad puede resultar difícil comprender la capacidad que ellos pueden tener para determinar su género autopercibido[91]. Es así que este tema es extremadamente complejo y requiere de un análisis profundo y pormenorizado, y sin embargo, se lo ha simplificado, puesto que se deben tomar en cuenta temas como la maduración psicoafectiva[92] de los niños, su capacidad para tomar decisiones, entre otros factores[93]. Frente a esto, surgen varias interrogantes: ¿deben los niños expresar su voluntad de realizar la rectificación registral a través de sus padres; o lo deben hacer directamente ellos mismos? En el segundo caso, ¿cuál es la edad idónea para que lo hagan?

Además, en el caso de niños, se presentan problemas que deberían ser analizados profundamente,

---

88 *Ibíd*.

89 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra personas LGBTI*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 noviembre de 2015, párr. 96.

90 De Giacomi, Iñaki Regueiro. "El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes". *Revista de Derechos Humanos*, No. 1 (2012), p. 115. http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34470.pdf. (acceso: 14/01/2017).

91 Saldivia, Laura. *Subordinaciones Invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*. Buenos Aires: Ediciones UNGS, 2017, p. 54.

92 Fundamenta las bases de desarrollo de los niños y estudia la capacidad que tienen para enfrentar al mundo por fuera de los padres, *vid*. Gastaminza, J. Thomas. *Estructuración de las Personalidad: Generalidades*. http://www.centrelondres94.com/files/ESTRUCTURACION_DE_LA_PERSONALIDAD_GENERALIDADES_0.pdf . (acceso: 7/05/2017).

93 Suntheim, Edgardo. *"El valor de darse a conocer*". *Niñez Trans*. Buenos Aires: Ediciones UNGS, 2016, p.10.

como el sufrimiento cuando empieza la adolescencia y sus caracteres biológicos comienzan a diferenciarlos de su identidad de género autopercibida, por lo que deben empezar a tomar inhibidores hormonales. En este sentido, también es complejo determinar la edad idónea para proporcionar estos inhibidores y el sometimiento a cirugías de reasignación, para que su apariencia física coincida con los estereotipos binarios[94]. Estas intervenciones quirúrgicas provocan sufrimiento físico y psicológico[95]. Al ser niños los involucrados, el análisis no puede ser simplificado al de los adultos[96], pues los niños enfrentan situaciones particulares. Si se agrupa el análisis de estos con el de personas adultas, se estaría invisibilizando las necesidades propias de los menores de edad[97]. Puesto que al excluir a los niños del reconocimiento legal de su género estos deben:

> [N]avigate sex-segregated situations with no formal documents that support their gender identity. The day-to-day impacts on their lives include being excluded from single-sex schools, from gender-segregated activities (such as sports teams or school camps), or facilities. Often trans children and youth are prohibited from using school bathrooms that are appropriate for their gender identity, placing them at high risk of violence and bullying[98].

En este sentido, la psicología juega un rol importante ya que además de patologizar ciertas identidades, decide cuáles son las mentes sanas y las enfermas. Esta rama tiene un impacto en el ámbito jurídico[99], sobre todo porque en el caso de niños, el diagnóstico de psicólogos es requerido para determinar la capacidad de tomar decisiones de los menores de edad, y si verdaderamente su identidad de género autopercibida es real o pasajera[100].

Dentro de estos procesos de reconocimiento legal del género autopercibido de los niños, deberían ser tomados en cuenta principios como el desarrollo progresivo y el interés superior de los niños. Además, se debe considerar que los niños además de tener la capacidad de formar su propio juicio[101], tienen el derecho de expresar su opinión en los temas que les afecten, opiniones que serán consideradas de acuerdo con su edad y madurez[102]. En este punto se complica el análisis ya que se deberían examinar las posiciones médicas respecto a la madurez de los menores puesto que no hay un consenso.

En este sentido, se debería tomar en cuenta los postulados de la Ley de Identidad de Género argentina (LIG), que representa un avance a nivel mundial en esta materia. La LIG reconoce la posibilidad de que las personas menores de 18 años accedan al cambio. Para solicitar el trámite, deben hacerlo a través de sus representantes legales, debe haber expresa conformidad

---

94 Consejo de Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 53.

95 Comité de los Derechos del Niño. *Observaciones Finales sobre los informes periódicos Segundo a cuarto combinados de Suiza*. CRC/C/CHE/CO/2-4, 26 de febrero de 2015, párr. 42.

96 Open Society Foundations. *License to be yourself: Trans Children and Youth*. 2015. https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/lgr_trans-children-youth-20151120.pdf. (acceso: 14/03/2017).

97 *Ibíd*.

98 *Ibíd*.

99 Saldivia, Laura. *Subordinaciones Invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género…* *Óp. cit*., p. 54.

100 *Id*., p. 148

101 *Id*., p. 151.

102 Principios de Yogyakarta. Considerando, 2007.

del menor, y durante este proceso se tomarán en consideración los principios del interés superior del niño y de capacidad progresiva[103]. Asimismo, se contempla la posibilidad de que uno o ambos representantes no estén de acuerdo, para lo cual se puede recurrir a la vía sumarísima para que los jueces resuelvan este inconveniente[104].

8. Conclusiones y recomendaciones

Es importante resaltar que el inciso final del artículo 94 de la LOGIDC es propio de un sistema patriarcal y binario que realza la importancia de la heteronormatividad y la cisnormatividad, que privilegian y normalizan ciertas formas de identidad sexual, excluyendo a quienes se salen del marco de lo normal; así, se perpetúa la tendencia a la deshumanización de las personas trans. En suma, se ha arribado a la conclusión de que el artículo 94 de LOGIDC atenta contra varios de los derechos de las personas trans, ya que presenta restricciones a ellos.

Primero, el requisito de los testigos para que acrediten la autodeterminación de quien solicita el cambio, el cual es invasivo en la vida privada de este grupo. Además de que vulnera la dignidad de los trans, el principio de igualdad y no discriminación, y su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Segundo, la existencia de dos tipos de cédulas, las unas con la palabra "sexo" y las otras con el término "género", dejando expuestos a los trans. La mayoría de personas que optarían por el cambio serían las personas trans y esto conllevaría a que sean discriminadas, y constituiría una vulneración a los derechos antes mencionados. Este artículo es claramente incompatible con la CRE y TIDH porque ninguna norma puede restringir el contenido de los derechos, y el mencionado artículo los restringe y vulnera.

Tercero, el requisito de que se puede acceder a este cambio únicamente al cumplir la mayoría de edad excluye a niños, niñas y adolescentes cuya identidad de género no se vea reflejada en el sexo que arbitrariamente se les asignó al nacer. Frente a esta situación, ellos sufren y se ven psicológicamente afectados. Acceder a educación, ir a una simple cita médica, etc., se puede volver un desafío debido a la discriminación que deben enfrentar.

Las recomendaciones realizadas en torno al problema de la existencia de dos tipos de cédulas van en el sentido de que se propenda a que la palabra "género" sea universal y no optativa, para que no se estigmatice a las personas trans, dejándolas expuestas a situaciones discriminatorias. Otra solución por la que se podría optar es la supresión de la palabra "sexo" y de la palabra "género" de la cédula. Debido a que esta información no debería ser de conocimiento público; sin embargo, el Registro Civil podría mantener estos datos de manera confidencial, por temas estadísticos. Se considera que la mejor opción es el establecimiento del campo de "género" en las cédulas de manera universal. De este modo, se reconoce el derecho a la identidad de las personas trans–que ha sido históricamente menoscabado– por lo cual se les reivindica el reconocimiento de sus

103 Ley de Identidad de Género (Argentina). Artículo 5, 2012.
104 *Ibíd.*

derechos en condiciones de igualdad.

En cuanto al requisito de los testigos, la recomendación es que este sea eliminado pues constituye una injerencia en la vida privada, y se va en contra de la dignidad humana, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, etc. El Estado debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos sin obstáculos arbitrarios e injustificados. Existe entonces una clara incompatibilidad entre los derechos consagrados por la CRE ecuatoriana, en los tratados internacionales de derechos humanos, y en esta disposición legal.

Respecto al caso de los niños trans, es necesario que se reconozca legalmente su género autopercibido y que se desarrolle legislación que permita el pleno ejercicio del derecho a la identidad de género. Sobre todo, para que se entienda desde cuándo se considera que ellos son capaces de tener consentimiento para solicitar el reconocimiento legal de su género. Esto debe ser desarrollado con base en el principio del interés superior del niño y en el desarrollo progresivo, reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, es necesario que se legisle sobre los procesos hormonales –como los inhibidores– y se permita un acceso pleno a ellos. Ante lo mencionado, es recomendable que se utilice lo prescrito por la LIG argentina en cuanto a este cambio del campo “sexo” por el de “género” de los menores de edad, el cual debería ser regulado y permitido.

La peculiaridad de la adhesión en el contrato de seguro

María Beatriz Ibarra
Abogada por el Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito (USFQ)
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: mabeatrizibarra@hotmail.com

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen
El aumento considerable en el desarrollo económico acompañado de la implementación de servicios masivos ha creado nuevas modalidades de contratación, que facilitan las relaciones en el tráfico jurídico. Así, los contratos de adhesión adquieren popularidad en el ámbito de la prestación de servicios masivos tales como transporte, telecomunicaciones, bancos, seguros, entre otros.
Los contratos de adhesión se caracterizan porque limitan la libertad contractual, pues las partes no se encuentran en igualdad de condiciones para negociar las cláusulas de los mismos. El prestador del servicio, encontrándose en una posición de ventaja frente al consumidor, puede fijar las condiciones en que se celebrará el contrato, situación que ha demandado la existencia de mecanismos de protección con el objeto de evitar la inclusión de cláusulas abusivas. Sin embargo, el contrato de seguro presenta peculiares características que difieren del resto de contratos de adhesión ofertados en los servicios masivos, pues existen límites para establecer las condiciones contractuales. La presente investigación busca comprobar que existe una concepción particular de lo que significa la adhesión en los contratos de seguro, encontrando también características de aquellos de libre discusión que permiten a las partes salvaguardar sus intereses.

Palabras clave
adhesión, servicios masivos, contrato de seguro, póliza, asegurado, cláusulas abusivas, marco regulatorio.

The Singularity of Adhesion in Insurance Law

Abstract
The significant increase in economic development and the implementation of new mass services, has led to the creation of new contract models that simplify contractual relations. Therefore, contracts of adhesion have increased their popularity in areas of mass services, such as transportation, telecommunications, financial and insurance sector, among others.
Adhesion contracts are characterized by limiting contractual freedom, since the parties involved are not on an equal level to negotiate the contract's clauses. The service provider, being in

an advantageous position compared to the consumer, can determine the conditions under which the contract will be concluded; a situation which has led to the existence of protection mechanisms in order to avoid the inclusion of unfair terms. However, the present investigation seeks to verify that there is a conception of what adhesion means in Insurance Law, also finding characteristics of a free discussion agreement that allows the parties to safeguard their interests.

Keywords
Adhesion, mass services, insurance contract, insurance certificate, insured, abusive clauses, regulatory framework.

1. Introducción

Una de las características esenciales de los contratos es que garantizan la libre discusión de las partes para que puedan, a través de las negociaciones y tratativas, definir las cláusulas de los mismos[1]. En efecto, en los contratos de libre discusión debe primar un escenario de igualdad para que no existan abusos que perjudiquen a una de las partes. Sin embargo, debido al importante desarrollo de los servicios masivos, las compañías han visto la necesidad de encontrar nuevas formas de contratación que les permitan reducir costos y disminuir así las transacciones con los consumidores.

Justamente, a partir de la revolución industrial de finales de siglos XVIII e inicios del siglo XIX, se incorporaron y masificaron los contratos de adhesión debido a los cambios en la producción y la distribución de los bienes y servicios, así como por las transformaciones en las relaciones sociales[2]. Por esta razón, para las empresas, el contrato de adhesión resulta beneficioso y especialmente práctico para la prestación de servicios.

La manifestación del consentimiento como la forma en que una de las partes puede representar a cabalidad el acto jurídico, y estudiar las ventajas y desventajas del mismo, no se evidencia de forma completa en los contratos de adhesión, pues "la parte sólo presta su consentimiento al contenido del contrato rígidamente predispuesto, tomándolo o rechazándolo sin posibilidad de negociación"[3].

En los contratos en que se presta un servicio masivo, se ha generalizado la idea de que el consumidor se encuentra en una posición desventajosa porque solamente tiene la opción de aceptar o rechazar la oferta presentada, aun cuando algunas cláusulas establecidas sean abusivas[4]. Es debido a la puesta en práctica de estas cláusulas que en nuestro país se ha implementado

1 Echeverría Salazar, Verónica María. "Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión". *Opinión Jurídica,* Vol. 9, núm 17 (2010), p. 132. http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/162 (acceso: 20/01/2017).
2 De la Maza Gazmuri, Íñigo. "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el estado y no solamente el mercado?". http://www.fundacionfueyo.cl/articulos/inigo_de_la_maza/contratos%20adhesion.pdf (acceso: 20/01/2017).
3 Soncco Mendoza, Percy Milton. "Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación". *Revista Chilena de Derecho Privado* (2003), p. 175. https://lucciolatrajtman.wikispaces.com/file/view/clausulas+generales+contrata.pdf (acceso: 20-01-2017).
4 Posada Torres, Camilo. "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano". *Revista de Derecho Privado,* No. 29 (2015), p. 151. http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328 (acceso: 22-01-2017).

mecanismos de protección para el consumidor, como por ejemplo la creación de una legislación favorable (como la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor) y de instituciones (como la Defensoría del Pueblo) entre cuyas atribuciones se encuentra la de proteger y tutelar los derechos de las personas.

Justamente, uno de los ámbitos en donde ha existido esta protección al consumidor es en el Derecho de Seguros ya que, con la proliferación del contrato de adhesión, se ha visto necesaria la protección del Estado para evitar abusos e injusticias por parte del prestador del servicio. Efectivamente, los contratos de seguro tienen características que a primera vista parecen ser contratos de adhesión propios de un servicio masivo, en el que "un extremo de la relación contractual ostenta la parte económicamente fuerte y además es un profesional el mismo que lo administra, al paso que la otra está en desventaja frente a estos tres elementos"[5].

Sin embargo, como veremos a lo largo de este análisis, el contrato de seguro nace a la vida jurídica como una combinación de cláusulas impuestas, pero también de negociaciones en que las partes pueden llegar a un acuerdo salvaguardando así sus intereses. En este punto es importante mencionar que, en la actualidad, los seguros se han convertido en una actividad necesaria ya que el riesgo constituye un elemento presente en todas las acciones del ser humano. Como consecuencia, la respuesta más inteligente de las personas ante el riesgo es la cesión del mismo a una entidad que tenga mayores conocimientos, una masa homogénea de asegurados y los recursos necesarios para la prestación de los servicios[6].

Debido a que se trata de una actividad que las diferentes legislaciones han creído conveniente regular para que no existan abusos y se salvaguarden los intereses de los asegurados, el contrato de seguro debe cumplir un marco regulatorio específico.

Este artículo pretende contestar a la siguiente pregunta: ¿el contrato de seguro tiene únicamente características propias de un contrato de adhesión que aventajaría exclusivamente a la aseguradora?

En una primera parte se analizarán las características principales del contrato de adhesión para luego revisar la naturaleza jurídica propia del contrato de seguro. Por último, se comprobará que, efectivamente, siempre y cuando exista un correcto control por parte del organismo encargado, el contrato de seguro se transforma en uno de adhesión, con peculiares características que benefician al asegurado que efectivamente ha sido informado del verdadero alcance de sus condiciones.

2. El contrato de adhesión y su función en el tráfico jurídico

El contrato de adhesión, a diferencia del contrato de libre discusión, no garantiza la igualdad de las partes, pues una de ellas redacta de forma previa las condiciones del mismo para que su

5 Palacios Sánchez, Fernando. *Seguros Temas Esenciales*. Bogotá: Ecoe Ediciones Ltda, 2016. https://books.google.com.ec/books?id=3KUwDgAAQBAJ&pg=PT50&dq=contrato+de+seguro+adhesion&hl=es-419&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=contrato%20de%20seguro%20adhesion&f=false (acceso: 20 de abril 2017).
6 Meilij, Gustavo Raúl. *Manual de Seguros*. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 4.

contraparte simplemente las acepte o rechace[7]. Este tipo de contrato se caracteriza por ser aquel "cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido"[8]. Una de las características de este tipo de contratos es que generalmente una de las partes se encuentra en una situación ventajosa dentro del mercado ya que "goza de una suerte de monopolio u oligopolio de hecho o de derecho (contratante fuerte) con quien no se encuentra en tal situación (contratante débil)"[9]. Como consecuencia de esto, existe la posibilidad de que muchas veces el consumidor no pueda discutir sobre las cláusulas contractuales ofrecidas, así como tampoco logre encontrar mejores alternativas que le beneficien. La adhesión a cláusulas previamente redactadas limita la libertad contractual, pues el consumidor únicamente goza de libertad de conclusión del negocio mas no de una libertad de configuración interna[10].

Debido a los cambios económicos y sociales que el mundo ha experimentado en los últimos siglos, la creación de este tipo de contratos se ha vuelto imprescindible. El contrato de adhesión aparece como la solución más efectiva y práctica frente a las dificultades que existen si el oferente celebrare un contrato con cada uno de los usuarios. Así por ejemplo, en el contrato de transporte mercantil resulta ilógico y poco probable que las partes puedan negociar las cláusulas en una situación de igualdad:

> No es posible concebir, según hemos dicho antes, que cada vez que un pasajero desea ser trasladado de un punto a otro o en cada circunstancia en que a un porteador se le entregue una mercancía para que la lleve al punto que se designa como destino, pueda llevarse a cabo una negociación y como consecuencia de ella la plasmación de unas determinadas condiciones que se expresen en los respectivos billetes de pasaje o cartas de porte[11].

Otro aspecto característico del contrato de adhesión es la función de orden económico que cumple en el tráfico jurídico, garantizando derechos tales como el de la propiedad privada y libre contratación, con el objeto de responder a los cambios políticos, sociales y culturales en un mundo que se identifica como globalizado, consumista y tecnificado[12]. Estos derechos se encuentran protegidos en el marco del cumplimiento de sus objetivos (como son funciones sociales, económicas y del bien común), pero también limitados por el orden público y los

---

7 Algunos autores sostienen que no existe una diferencia conceptual entre los contratos de adhesión y las cláusulas generales. En los contratos por adhesión se hace referencia a las circunstancias en que se contrata, mientras que las condiciones generales se refieren al procedimiento de contratación; así, en estos últimos existe mayor flexibilidad: "En el momento de celebrar cada contrato cabe la posibilidad de suprimir algunas de dichas cláusulas, o que se estipulen condiciones particulares. Las condiciones particulares prevalecen sobre las prerredactadas" (Percy Milton Soncco Mendoza. "Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación". Óp. *cit*., p. 175).

8 Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Artículo 2. Registro Oficial No. 116 del 10 de julio de 2000.

9 Portillo, Gloria Yolanda. *Modernos Contratos del Derecho*. Rosario: Editorial Juris, 2000, p. 26. https://books.google.com.ec/books?id=9xU5cty0c5kC&pg=PA24&dq=el+contrato+de+adhesión&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=el%20contrato%20de%20adhesión&f=false (acceso: 25/01/2017).

10 Hernández Fraga, Katiuska. "El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones". *Revista jurídica de investigación e innovación educativa,* No. 6 (2012), p. 33. http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf (acceso: 28/01/2017).

11Mapelli, Enrique. *Régimen jurídico del transporte*. Madrid: Secretaría General Técnica Ministerio de Justicia, 1987, p. 82.

12 Alvear, Patricia. *Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2015, p. 61.

principios generales del derecho[13].

No cabe duda de que debido a la contratación masiva, el contrato tradicional ha perdido sus rasgos esenciales para dar origen al de adhesión, en el que se prioriza el intercambio de bienes y servicios, y se facilita las relaciones entre las partes contractuales. Una de las etapas dentro de la relación precontractual, que justamente se ve limitada en los contratos de adhesión, es la de negociación, que si bien es cierto, perjudica la libertad de configuración interna, busca tener un fin económico al reducir los gastos que comúnmente asimilaban las partes para negociar:

> Desde el Teorema de Coase las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión, constituyen uno de los dos mecanismos reductores de costos de transacción que ha puesto en funcionamiento el Derecho Contractual para canalizar de manera rápida y eficiente, la producción masiva de bienes y servicios hacia la satisfacción de innumerables necesidades también masivas[14].

De igual forma, el contrato de adhesión no solamente busca reducir los costos de transacción en que incurren las partes, sino que también contribuye a que las relaciones contractuales sean más simples y eficientes. A través del contrato de adhesión, las partes tienen la posibilidad de simplificar todos los actos previos que se requieren para la celebración de un contrato. En efecto, el contrato clásico conlleva una serie de actos preliminares dentro de la etapa de negociación que buscan llegar a acuerdos para la celebración del contrato final, a pesar de que "estas tratativas preliminares, comportan una serie de costos de transacción, que tratándose de los contratos estudiados, pueden resultar impeditivos para concluir la celebración del contrato de manera eficiente"[15].

La posibilidad de que solamente una de las partes sea la encargada de la elaboración del contrato podría beneficiar a ambas partes pues así no deben participar en arduas negociaciones y en costos de transacción que les perjudicarían. Los contratos de adhesión responden por lo tanto a un principio de eficiencia en el que ambas partes buscan maximizar sus recursos obteniendo los mejores resultados y en donde los costos correspondientes a la etapa de negociación no sobrepasen a la utilidad obtenida[16].

3. El tratamiento del riesgo a través del contrato de seguro

3.1. Origen del contrato de seguro

El contrato de seguro se origina como respuesta a la toma de conciencia de los seres humanos desde sus primeros orígenes, por su convivencia junto a riesgos que podrían perjudicar sus bienes o su persona. Así, el seguro puede asimilarse como un hecho económico en el que "detrás

---

13 *Id.*, p. 62.

14 Rodríguez, Reyler. "La función económica de la contratación masiva". *Revista Oficial del Poder Judicial Año 4-5, No. 6 y No. 7* (2010-2011), p. 214. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b9dd37804e3b3406809a88a826aedadc/9.+Jueces+-+Reyler+Yulfo+Rodr%C3%ADguez+Chávez.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b9dd37804e3b3406809a88a826aedadc (acceso: 31/01/2017).

15 *Id.*, p. 224.

16 Lizama Fuentes, Gabriel Antonio. *Comportamiento cooperativo y contratos de adhesión*. Tesis de grado. Universidad de Chile. Santiago, 2016, p. 54.

de este deseo de seguridad o protección subyace en el hombre una necesidad económica de que no sucedan hechos peligrosos irresistibles, que provoquen la pérdida de sus bienes”[17].

Por esta razón, las personas a través del contrato de seguro deciden ceder sus riesgos habituales a una compañía de seguros que se encuentra en la capacidad de ofrecer su protección ante la ocurrencia de un siniestro, con los recursos necesarios y los medios suficientes para hacerlo de forma eficiente[18]. Es necesario aclarar que el seguro “no evita el riesgo, sino que resarce al asegurado, en la medida de lo convenido, de los efectos dañosos que el siniestro le provoca”[19]. El contrato de seguro permite que a través del pago de una prima, el asegurado tenga la garantía de que ante la ocurrencia de un siniestro, la compañía le pagará una indemnización. En efecto, la doctrina ha definido al contrato de seguro como:

> Un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato[20].

3.2. Características principales

Este contrato tiene características específicas que es importante estudiar para comprender si efectivamente se trata de uno de adhesión. En primer lugar, es bilateral pues son dos partes quienes intervienen y que tienen obligaciones concretas en la relación contractual. La obligación de una de las partes da nacimiento a otra recíproca, por ejemplo: ante el pago de un valor económico por parte del asegurado, la compañía se obliga a indemnizar ante la ocurrencia de un siniestro[21].

Cabe preguntarse si el hecho de que sea únicamente la aseguradora la que redacta de forma previa las condiciones del contrato determina que la bilateralidad sea una característica impuesta y no acordada por ambas partes. Sin embargo, esto se desvirtúa ya que en realidad la bilateralidad constituye una característica propia de la naturaleza del contrato de seguro[22].

Al ser un contrato aleatorio y debido a la naturaleza del seguro, el asegurado tendrá derecho al pago de los valores acordados una vez ocurrido el siniestro. Efectivamente, el contrato de seguro se fundamenta en hechos inciertos e indeterminados que pueden ocurrir o no:

> La intencionalidad de los intervinientes en el seguro se circunscribe por una parte a obtener la tranquilidad, que de suscitarse un evento incierto dañino se pueda contar con un medio resarcitorio que permita compensar el perjuicio causado, esto significa que el asegurado al celebrar un contrato de seguros busca protección y resarcimiento que le permita compensar el perjuicio que lo afecta, mientras que el asegurador que concibe su actividad en forma masiva

17 Aceituno Aldunate, José Manuel. *El seguro de transporte*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 12. https://books.google.com.ec/books?id=kd5ikk0mdKQC&pg=PA11&dq=origen+del+seguro&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=origen%20del%20seguro&f=false (acceso: 27/04/2017).

18 Alvear Icaza, José. *Derecho de Seguros. Temas Específicos*. Guayaquil: Edino, 2009, p. 8.

19 Meilij, Gustavo Raúl. *Manual de Seguros*. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 4.

20 Decreto Supremo 1147. Artículo 1. Registro Oficial No. 123 del 7 de diciembre de 1963.

21 Montoya, Carlos Alberto. *Manual de Seguros*. Colombia: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001, p. 31.

22 Manchón, Rafael, y Martí, Albert. *Conocer los productos de seguros*. Barcelona: Bresca Editorial, 2008, p. 15. https://books.google.com.ec/books?id=QlMrLf3RP_MC&pg=PA16&dq=bilateralidad+del+contrato+de+seguro&hl=es-419&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=bilateralidad%20del%20contrato%20de%20seguro&f=false (acceso: 20 de abril 2017).

> mediante presupuestos técnicos, calcula sus probabilidades de ganancia o pérdida que un determinado ramo de seguro puede arrojar en un periodo de tiempo determinado[23].

Otra característica propia de esta clase de contrato es que las prestaciones de la partes tienen el carácter de onerosas. Esto quiere decir que existe una utilidad para ambas partes, ya sea esta económica o simplemente el hecho de sentirse seguro ante un eventual siniestro[24]. Es importante dejar en claro que no existe lógica en la teoría que defiende la gratuidad del contrato de seguro cuando no haya ocurrido un siniestro o cuando el titular haya favorecido a un beneficiario a título gratuito. En el primer caso, nos encontramos frente a una situación en donde la prestación del asegurador ha consistido en el mantenimiento de la protección que otorga el seguro con ánimo de lucro; mientras que en el segundo caso, se trata de la liberalidad del asegurado a favor de un tercero, que no modifica sus obligaciones como parte del contrato[25].

Por último, el contrato de seguro en nuestra legislación es de naturaleza solemne, característica que se encuentra establecida en el artículo 6 del Decreto Supremo 1147 que dispone que, para su validez, debe celebrarse por escrito y contener otros requisitos, caso contrario será nulo:

> El contrato de seguro se perfecciona y prueba por medio de documento privado que se extenderá por duplicado y en el que se harán constar los elementos esenciales. Dicho documento se llama póliza; esta debe redactarse en castellano y ser firmada por los contratantes[26].

Desde que la actividad aseguradora comenzó en el Ecuador, se adoptaron algunas disposiciones específicamente del Código de Comercio, que la califica como una actividad de carácter mercantil[27]. A pesar de que el seguro constituye un acto mercantil de gran peso en la economía del país, su formalidad rigurosa en nuestra legislación genera obstáculos para el libre desarrollo de las transacciones entre las partes[28]. El hecho de que el contrato de seguro sea solemne podría provocar que las comunicaciones y negociaciones previas entre compañía y asegurado no sean rápidas y eficientes, pues deberán cumplir requisitos que podrían entrabar la relación contractual. La solemnidad no guarda relación con los objetivos que se plantea la prestación de servicios masivos, en donde se busca primar la economía contractual. Sin embargo, la solemnidad puede considerarse como un límite para que no existan abusos por parte del prestador del servicio; por ejemplo: "en caso de producirse la eventualidad el riesgo, el asegurado conocería con seguridad el momento en que la compañía aseguradora ha asumido la obligación de pagar la indemnización"[29].

Por esta razón la solemnidad no implica necesariamente que el contrato de seguro sea de adhesión, pues:

23 Alvear Icaza, José. *Derecho de Seguros*. *Temas Específicos*. Guayaquil: Edino, 2009, p.140.
24 Lacruz Mantecón, Miguel. *Formación del contrato de seguro y cobertura del riesgo*. Madrid: Reus, 2013, p. 73.
25 Bustamante Ferrer, Jaime, y Uribe Osorio, Ana Inés. *Principios Jurídicos del Seguro*. Segunda ed. Bogotá: Colombo, 1994, p. 20.
26 El Decreto Supremo 1147 publicado en el Registro Oficial No. 123 del 7 de diciembre de 1963 contiene la Legislación de Contrato de Seguros.
27 En el artículo 3 del Código de Comercio, se establece que la actividad aseguradora es considerada como un acto de comercio, por el elemento profesional por el que la aseguradora tiene que ser una compañía de seguros debidamente autorizada.
28 Alvear Icaza, José. *Derecho de Seguros*. *Temas Específicos*. Guayaquil: Edino, 2009, p. 139.
29 Romero, Gustavo. "La formalidad del Contrato de Seguro". *Revista Ius et Veritas,* No. 5 (1992), p. 50. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15357/15812 (acceso: 20 de abril 2017).

> La compañía de seguros, para operar su comercio, ha expuesto en el mercado asegurador una mercancía, que se reduce a protección. Por su contrato, ella misma establece las condiciones, pero el contratante puede aceptarlas, rechazarlas o modificarlas. Si aceptó, se adhiere. Si las modifica, ha pactado libremente. De ahí que no puede compararse el contrato de seguro con el de transporte o acarreo de personas o de bienes[30].

Así, la firma de las partes como solemnidad en este tipo de contrato determina que sea el asegurado quien tenga la última decisión de adherirse o no a las cláusulas que fueron redactadas de forma unilateral por la compañía y aprobadas por el organismo de control.

3.2. La póliza: perfeccionamiento y prueba

Después de estudiar las principales características propias del contrato de seguro, es necesario analizar los efectos que conlleva cumplir un contenido que ya se encuentra determinado y que, por lo mismo, al momento de su elaboración, la aseguradora deberá cumplir. En efecto, el contrato de seguro tiene un régimen especial en el que las figuras tienen una identidad propia; en este sentido, el instrumento que deben suscribir la aseguradora y el asegurado tiene el nombre de póliza, que se encuentra definida en el artículo 6 de la Legislación sobre el contrato de seguro cuyo contenido mínimo obligatorio se detalla en el artículo 7 del mismo cuerpo legal[31].

Por lo antes expuesto, la póliza se puede definir como el documento en el que tanto asegurado como asegurador se comprometen a cumplir sus obligaciones en los términos que se especifican en las condiciones generales, particulares y especiales; y que constituye el principal medio de prueba de existencia del contrato de seguro[32]. En este punto es importante aclarar que la jurisprudencia nacional se ha manifestado en el sentido de ampliar la prueba del contrato de seguro a otros documentos conexos, siempre y cuando contengan los elementos esenciales que se encuentran detallados en el Decreto Supremo 1147. Así, la jurisprudencia nacional menciona que puede existir un certificado provisional otorgado por el asegurador que contenga los elementos esenciales del contrato de seguro:

> Si el contrato de seguro se perfecciona por el instrumento privado llamado Póliza, como estatuye el Art. 6 del Decreto 1147 ya mencionado y si el artículo 37 de la Ley General de Compañías de Seguros que mandaba que los modelos de Certificados Provisionales de pólizas deben someterse previamente, junto con las respectivas tarifas de primas, a la aprobación de la Superintendencia de Bancos, es de todo punto necesario convenir que la ley atribuye igual valor para el perfeccionamiento del contrato de seguro a la póliza como el Certificado Provisional de Póliza; pues de otro modo, existiría verdadera incongruencia entre las dos disposiciones mencionadas, como es fácil comprender circunstancia ésta inadmisible por contraria a los principios de la recta interpretación de la Ley[33].

3.3. Estructura de la póliza

La peculiaridad de la adhesión en el contrato de seguro radica en cómo se estructura la póliza,

---

30 Peña Triviño, Eduardo. *Manual de Derecho de Seguros*. Tercera ed. Quito: Edino, 2003, pp. 56-57.

31 En el Ecuador, en 1963 se expidió el Decreto Supremo 1147, que contiene la Legislación del Contrato de Seguro, en el que se establecen las normas relativas a este contrato y que se encuentran vigentes hasta la actualidad.

32 Alvear Icaza, José. *Derecho de Seguros. Temas Específicos*. Guayaquil: Edino, 2009, p. 151.

33 Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. *Caso Seguros Sul v. Tababuela Industrial Azucarera C.A.* Sentencia, 4 de 28 octubre de 1968.

pues este documento está conformado por grupos de condiciones como son: las generales, particulares y especiales. Por un lado, "las condiciones generales de contratación contienen una regulación aplicable no a un contrato singular sino a toda una masa o serie de contratos que eventualmente pudieran celebrarse en lo sucesivo"[34]. En nuestra legislación estas condiciones son las que se caracterizan por contener: "principios básicos, estipulaciones o cláusulas establecidas por el asegurador, con el objeto de regular la relación bilateral con el contratante y/o asegurado"[35]. Este tipo de cláusulas constituyen los lineamientos básicos que deben cumplir las partes para la prestación del servicio masivo, tomando en cuenta que se trata de necesidades similares de los consumidores, dentro de un mismo ramo de seguros[36]. Debido a la naturaleza de estas condiciones, resulta comprensible que la aseguradora redacte de forma previa para que únicamente el asegurado las acepte o rechace, siendo factible la adhesión en la contratación.

Por otro lado, las condiciones particulares tienen el fin de subjetivar al contrato adaptándolo a las necesidades e intereses del asegurado[37]. En consecuencia, surge la posibilidad de que exista una negociación entre las partes para que justamente se traten los aspectos esenciales del contrato con el fin de que puedan ser cambiados según lo que requiera el asegurado y lo que pueda ofrecer la compañía[38]. Al tener una flexibilidad de negociación entre las partes para establecer las condiciones particulares[39], la empresa, con el objeto de asegurar el cliente, podría llegar a ofrecer algo que pudiera interesar al asegurado, situación que convertiría al contrato de seguro en uno de libre discusión, en donde las partes buscan proteger sus intereses.

Es importante tomar en cuenta que la póliza tiene peculiares características ya que "el contrato de seguro tiene como fundamento una propuesta básica que puede ser reformada de acuerdo con las necesidades del asegurado y los conocimientos del intermediario; en cambio, un contrato de adhesión no acepta modificaciones"[40]. Esta teoría implica que si el contrato de seguro puede ser modificado en ciertas condiciones, no se podría caracterizarlo como uno de adhesión

34 Garrone, José Alberto. *Manual del Derecho Comercial*. Tomo segundo del "Contrato Comercial y Seguro", Buenos Aires: Abeledo Perot, 1978, p. 113.

35 Codificación Resoluciones SB y Junta Bancaria. Normas para la estructura y operatividad del contrato de seguro. Artículo 4. Extraído desde http://www.sbs.gob.ec:7778/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/nueva_codificacion/todos/L2_VI_cap_IV.pdf (acceso: 3/07/17).

36 La Superintendencia de Bancos y Seguros determina que las condiciones generales pueden ser de dos clases: impositivas o dispositivas, según el ramo de seguros. Por un lado, se entiende como impositivas a "las que ordenan, sin excusa alguna, la ejecución de determinados actos o la abstención de hacerlos, bajo sanción establecida en las propias pólizas"; mientras que las dispositivas son aquellas que regulan situaciones para el supuesto de no haber normas específicas en la ley" (Codificación Resoluciones SB y Junta Bancaria. Normas para la estructura y operatividad del contrato de seguro. Artículo 4. Extraído desde http://www.sbs.gob.ec:7778/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/nueva_codificacion/todos/L2_VI_cap_IV.pdf (acceso: 3/07/17).

37 Isern Salvat, María Rosa. "Las condiciones generales del contrato de seguro y la protección del asegurado en el derecho español". *Rev. boliv. de derecho,* No. 18 (2014), p. 104. Citado en López, Pagador. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 356.

38 Meythaler, Eduardo. *El contrato partes, partes y elementos. Aspectos Legales*. Programa de Especialización en Seguros. Modulo I. Quito: Instituto de Prácticas Bancarias y Financieras, 1996, p. 20.

39 En nuestra legislación, la naturaleza de las condiciones particulares es variable. Esto quiere decir que las partes pueden modificar de forma libre a través de un anexo modificatorio, en este caso las últimas modificaciones prevalecerán sobre las anteriormente convenidas. (Codificación Resoluciones SB y Junta Bancaria. Normas para la estructura y operatividad del contrato de seguro. Artículo 4. Extraído desde http://www.sbs.gob.ec:7778/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/nueva_codificacion/todos/L2_VI_cap_IV.pdf (acceso: 3/07/17).

40 Montoya, Carlos Alberto. *Manual de Seguros*. Colombia: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001, p. 34.

pues justamente la característica principal de estos últimos es que no existan negociaciones previas entre las partes. Sin embargo, algunos autores sostienen que en realidad las condiciones particulares únicamente se diferencian de las condiciones generales en que no son uniformes pero sí son impuestas por la compañía: "lo que caracteriza a las condiciones particulares es que no han sido predispuestas con carácter general y no, simplemente, que no hayan sido predispuestas, es decir, que lo que falta en ellas es el elemento de la *uniformidad* o *generalidad* y no el de la *predisposición*" [41].

En cuanto a las condiciones especiales, estas "amplían, condicionan, delimitan, modifican o suprimen riesgos, extienden o restringen las coberturas previstas en las condiciones generales de las pólizas, o instituyen nuevas condiciones de protección"[42]. Esto quiere decir que la aseguradora, a través de ellas, puede atender requerimientos específicos y peculiares de cada asegurado. Al igual que en las condiciones particulares, se abre el escenario para que las partes puedan tratar sus necesidades o conveniencias, por lo que en este sentido tampoco se podría hablar de una adhesión para el asegurado.

La estructura de la póliza implica que se debe aplicar ciertas reglas de interpretación para determinar la prevalencia de las condiciones. La jurisprudencia nacional se ha pronunciado en el sentido de que las condiciones particulares deben enmarcarse necesariamente dentro de lo dispuesto por las condiciones generales y que, en caso de existir contradicción entre ellas que causen perjuicio al asegurado, prevalecerán estas últimas[43]. La prevalencia de las condiciones generales sobre las particulares se justifica con el objeto de que no existan abusos por parte del prestador del servicio:

> De allí que el dirigismo contractual se haya impuesto para solucionar graves problemas que afronten el interés público: restablecer la verdadera igualdad entre las partes, permitir un ajuste de las relaciones jurídicas a las circunstancias económicas, impedir que una de las partes imponga a la otra contraprestaciones excesivas o exorbitantes, claramente contrarias a la equidad que debe presidir a todo contrato bilateral[44].

Por otro lado, diferente criterio es el sostenido por la jurisprudencia colombiana en cuanto a la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales, argumentando que las particulares expresan la real intención de las partes:

> Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5 y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse[45].

---

41 Isern Salvat, María Rosa. Óp. cit., p. 104.

42 Junta Bancaria del Ecuador. Resolución No. JB-2008-1219. Artículo 9. Extraído desde http://www.superbancos.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/2008/Junta_Bancaria/resol_JB-2008-1219.pdf (acceso: 23/02/2017).

43 Sobre el dirigismo contractual del contrato de seguro para solucionar problemas que atenten contra el interés público, *vid*. Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Causa No. 65-2001*. Registro Oficial No. 364 del 9 julio de 2001, p. 3.

44 *Ibíd*.

45 Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. "La Regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las condiciones generales. Su proyección en el ámbito de la interpretación de los contratos, y en especial en el contrato de seguro". *Revista Ibero-Latinoam.Seguros,* Vol. 45/25 (2016), p. 81.

Efectivamente, se da prevalencia a las condiciones particulares que son necesidades específicas del asegurado ante las condiciones generales que son las que se pueden encontrar en todos los contratos y que obedecen a un marco regulatorio y de supervisión, antes de ser comercializadas. Del análisis de estos dos criterios se concluye que debido al contenido y estructura de la póliza, existe una peculiaridad respecto a la adhesión: por un lado se crea un marco regulatorio que dirige al contrato privado cuyo fin es el de garantizar la equidad entre las partes, mientras que por otro lado se busca aplicar reglas de interpretación que favorezcan al asegurado, considerado como la parte *más débil.*

4. La peculiaridad de la adhesión en el contrato de seguro y su ámbito de aplicación

4.1. Existencia de un marco regulatorio definido

Debido a la naturaleza de la actividad de los seguros, las disposiciones legales y reglamentarias tienden a crear un marco regulatorio definido que debe ser cumplido por todos quienes forman parte del mercado asegurador ecuatoriano. En todo lo relacionado a la póliza, obligaciones de las partes, contenido mínimo y otros conceptos importantes y específicos de ella, rige la Legislación sobre el Contrato de Seguros que fue emitida mediante Decreto Supremo No. 1147, disposición que hasta la fecha no ha sufrido reforma alguna. Esto no ha sucedido con la normativa específica de regulación y control sobre constitución, funcionamiento, extinción, entre otros temas, de las compañías aseguradoras en el Ecuador, como son la Ley General de Seguros y su Reglamento, cuya última codificación fue puesta en concordancia con el ya mencionado Código Orgánico Monetario y Financiero.

En el Ecuador el organismo rector actualmente es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a partir de la puesta en vigencia del Código Orgánico Monetario y Financiero[46], que establece que será esta entidad quien determinará: "las cláusulas que obligatoriamente contendrán las pólizas, así como las cláusulas prohibidas, las cuales carecerán de efectos y se tendrán por no escritas en caso de existir"[47], facultad que en cierto modo delimita la "libertad" de la aseguradora en imponer sus condiciones.

La regulación de un ente de control se ha ampliado para aquellas empresas que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguro que oferten cobertura de seguros de asistencia médica[48], cuyo organismo de control actualmente también es la Superintendencia

46 Código Orgánico Monetario y Financiero. Libro III. Artículo 1. Registro Oficial No. 403 del 23 noviembre de 2006. Antes de la expedición de este Código, el control del sector asegurador estaba a cargo de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

47 *Ibíd*.

48 Cabe aclarar que la normativa vigente establece que el control a las compañías del sector estará a cargo también de la Autoridad Sanitaria Nacional. Efectivamente, el artículo 18 de la Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguro que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, dispone que en materia sanitaria la autoridad sanitaria ejercerá el control y regulación de las compañías. Actualmente, el organismo encargado es la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada, creada mediante Decreto Ejecutivo 703 del 1 de julio de 2015.

de Compañías, Valores y Seguros[49]. Entre las facultades de este organismo está la de aprobar el objeto de los contratos, que tendrá que guardar conformidad con las normas que sobre la materia contiene la legislación vigente[50]. En efecto, la normativa recién expedida regula aspectos que deben ser cubiertos de forma obligatoria por parte de las empresas de medicina prepagada y de seguros, con el fin de salvaguardar los derechos de los consumidores, como por ejemplo: cobertura de preexistencias, cláusula de no discriminación en razón de cualquier característica del afiliado, períodos de carencia específicos para ciertas coberturas, prohibición de aumentos de tarifas dentro de la vigencia del contrato, entre otras. De igual forma, es necesario anotar que la Ley Orgánica de Discapacidades establece que el organismo de control deberá vigilar que las empresas de seguro o de medicina prepagada incluyan en sus contratos coberturas para personas con discapacidad o a quienes adolezcan de enfermedades graves, catastróficas o degenerativas[51], lo que sin duda refleja el espíritu regulatorio de la normativa.
En este punto, es importante anotar que la intervención de un organismo estatal no solamente impide que la adhesión en la póliza sea considerada como absoluta, sino que también define el campo de acción de la empresa y busca que se cree una legislación favorable para el asegurado que evite todo tipo de cláusulas abusivas. La existencia de un organismo de control encargado de aprobar el contenido de las pólizas refuerza la idea de que el contrato de seguro tiene características peculiares de adhesión. Por un lado, existen cláusulas que efectivamente son redactadas de forma unilateral por parte de la aseguradora, y otras en las que las partes pueden negociar; sin embargo, todo lo negociado por estas últimas será revisado por un ente externo que no ha participado en la etapa preliminar del contrato.

4.2. Elementos singulares dentro del contrato de seguro

Es importante recalcar que existen ciertos elementos únicos del contrato de seguro que permiten al asegurado contar con las herramientas comerciales y técnicas para tomar la mejor decisión. Así por ejemplo, los llamados asesores productores de seguros o "brókers" buscan enlazar los intereses de las dos partes, y por lo tanto se puede decir que la participación de intermediarios genera mayor amplitud para la negociación de los diversos aspectos del contrato[52]. La posibilidad de que otras personas intervengan en el contrato de seguro facilita muchas veces para que se convierta en uno de libre discusión pues serán las partes quienes, a través de su asesoramiento, lleguen a un acuerdo. Con el propósito de evitar confusiones o malos entendidos, es indispensable que el asegurado, a la hora de comprar un producto de seguro, cuente con la debida

---

49 Antes de la expedición de la Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguro que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, las empresas mencionadas se encontraban reguladas por el Ministerio de Salud Pública en algunos aspectos. Sin embargo, justamente para evitar que estas empresas se encuentren en un vacío de control es que se crearon mayores facultades para la Superintendencia.
50 Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguro que oferten cobertura de seguros de asistencia médica. Artículo 24. Registro Oficial No. 863 del 17 de octubre de 2016.
51 Ley Orgánica de Discapacidades. Artículo 25. Registro Oficial No. 796 del 25 de septiembre de 2012.
52 Romero Londoño, Jaime Eduardo. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003, p. 32.

explicación amplia y clara del alcance de la póliza, es decir, las inclusiones, las exclusiones, sus derechos y obligaciones, entre otros aspectos.
Recomendable es, por ello, que se cuente con el asesoramiento de un intermediario que facilite el entendimiento y la relación entre las partes. El papel que juega el bróker a la hora de negociar las cláusulas del contrato es de enorme importancia. En efecto, en primer lugar estos intermediarios cuentan con información precisa y clara de los productos que se ofertan, lo que se traduce en un mayor entendimiento para los consumidores. En segundo lugar, gracias a su intermediación, los costos de transacción disminuyen porque tanto la oferta como la demanda se encuentran centralizadas; y por último, debido a la estructura de remuneración por comisión, los brókers pueden diseñar nuevos productos que se ajusten a las necesidades de los clientes[53].
Asimismo, es importante tomar en cuenta que el organismo de control dispone que sean los actuarios calificados quienes calculen el valor de la prima de los productos ofertados a través del respaldo de las notas técnicas[54]. Una de las facultades más importantes de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros radica en aprobar el contenido de las notas técnicas que justifiquen el valor de las primas de los productos[55]. Esta regulación de carácter técnico impide que existan abusos en cuanto a la fijación de la prima, situación que perjudicaría considerablemente al asegurado. La intervención tanto del bróker como del actuario aseguran el marco regulatorio de la póliza, que sin duda se encuentra influenciado por el principio de *in dubio pro* asegurado.

4.3. Aplicación del principio *in dubio pro* asegurado

Si bien es cierto que en otros servicios masivos existe una situación favorable para el prestador del servicio tomando en cuenta que tiene una libertad para fijar ciertas condiciones contractuales, en el contrato de seguro se evidencian algunas características propias que también benefician al consumidor. En el caso del contrato de seguro, y por ser una prestación de carácter muchas veces colectivo, la empresa es la que redacta de forma unilateral ciertas condiciones que, sin embargo, por el hecho de existir un marco regulatorio definido, deben tender a la protección del asegurado. Como consecuencia de la peculiaridad de la adhesión, el contrato de seguro busca que se proteja de forma efectiva al asegurado. Muestra de ello es, por ejemplo, la legislación vigente en materia de seguros y de medicina prepagada, que incorpora expresamente los derechos de los consumidores[56].

53 Bermúdez, Daniela. "El rol del intermediario de seguros. Reflexiones comparadas sobre su desarrollo a partir de experiencias internacionales". *Fasecolda* (2013), p. 603.
54 Código Orgánico Monetario y Financiero. Libro III. Artículo innumerado 33. Registro Oficial No. 403 del 23 noviembre de 2006.
55 El artículo 29 de la Ley que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica dispone que: "El precio que se fije en los contratos guardará conformidad con las notas técnicas y estudios actuariales aprobados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros con el soporte técnico de la Autoridad Sanitaria Nacional".
56 En el numeral 8 del artículo 4 de la Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguro que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, se hace referencia a la incorporación expresa de los derechos contemplados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Así, una protección que se evidencia en el contrato de seguro es la interpretación que debe darse a las condiciones previamente establecidas, que siempre deberá ser favorable para el consumidor ya que se entiende que este último se encuentra en una posición más débil con respecto a la compañía[57]. Por tal razón, en caso de duda sobre el contenido de una cláusula, se deberá interpretar en sentido favorable para el asegurado, pues se entiende que quien redacta de forma previa las cláusulas es la compañía: "la póliza contiene una grave oscuridad en relación con este punto que no es imputable al asegurado, puesto que dimana de la redacción de las condiciones generales impresas en cuya redacción no ha tenido participación"[58]. Ahora bien, la legislación favorable para el asegurado tiene por objetivo el evitar que en el contrato se plasmen cláusulas abusivas, que pueden ser definidas de la siguiente manera:

> La doctrina establece como abusivas las cláusulas ausentes de negociación individual, las que atenten contra la buena fe, las impuestas por una de ellas a la otra generándose un abuso en la posición dominante, y en general todas aquellas que de acuerdo con el contexto del negocio manifiesten un desequilibrio entre los poderes y deberes de las partes[59].

La creación de una legislación favorable al asegurado responde, por lo tanto, a un principio de igualdad de las partes para que las negociaciones se desarrollen dentro de un marco más justo y equitativo. Precisamente las cláusulas abusivas que se han tratado de impedir en el contrato de seguro son aquellas que tienen que ver con las diferencias entre el contenido ofertado y el que efectivamente se encuentre plasmado en la póliza[60].

A través del control de un organismo específico, el asegurado tiene la garantía de que no se impongan cláusulas unilaterales de las que no participó. Tal como afirma Romero Londoño, existe riesgo de que el asegurado "actuando de buena fe se vea obligado por cláusulas contractuales que no propuso, y que sin ser ofrecidas, fueron indebidamente incorporadas a la póliza"[61]. Así por ejemplo, una de las cláusulas abusivas que ha sido estipulada muchas veces por las compañías aseguradoras es aquella que permitía la terminación unilateral del contrato[62]; sin embargo, actualmente existen disposiciones que prohíben esta práctica[63], salvaguardando los intereses del asegurado.

---

57 Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Artículo 1. Registro Oficial No. 116 del 10 de julio de 2000.

58 Henríquez Salido, Maria do Carmo et *al*. "La fórmula *in dubio* en la jurisprudencia actual". En *Revista de Llengua i Dret,* No. 62 (2014), p. 10.

59 Romero Londoño, Jaime Eduardo. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003, p. 37.

60 Villalobos de Bastidas, Flor, y Aguirre Andrade, Alix. "Las cláusulas abusivas en el Contrato de Seguro". *Revista de Estudios interdisciplinarios en Ciencias Sociales,* Vol. 10 (2008), p. 250.

61 Romero Londoño, Jaime Eduardo. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003.

62 Villalobos de Bastidas, Flor, y Aguirre Andrade, Alix. "Las cláusulas abusivas en el Contrato de Seguro". Ó*p. cit*., p. 258.

63 El artículo 19 de la Legislación sobre el Contrato de Seguro dispone: "Art. 19.- El contrato de seguro, excepto el de vida puede, ser resuelto unilateralmente por los contratantes". De igual forma, el artículo 31 de la Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguro que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, establece: "Las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada, no podrán unilateralmente dar por terminado un contrato, salvo lo dispuesto en el artículo 38 numeral 3, o por incumplimiento de las contraprestaciones económicas por parte del titular, dicha causal se configurará con el impago de tres meses consecutivos, y la notificación por escrito por parte de la compañía al titular del contrato, durante el periodo de mora, la compañía, previa notificación al usuario, podrá suspender el financiamiento para la cobertura de las prestaciones contratadas, excepto para la que corresponda a emergencia médica, hasta cuando se produzca el pago de las cuotas adeudadas".

Uno de los derechos que está relacionado con el principio de *in dubio pro* asegurado es que el consumidor debe tener acceso a información clara, veraz y oportuna en cuanto al contenido de la póliza. La obligación que tienen las compañías de brindar una información precisa y no engañosa sobre la prestación de sus servicios se encuentra garantizada en la Constitución de la República[64], es por ello que en el ámbito de seguros, el organismo de control tiene la facultad de sancionar a aquellas empresas que no den información acerca "del alcance y los límites de todas y cada una de las prestaciones ofertadas, coberturas, tarifario aplicable, modalidad a utilizarse, sus características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos"[65]. Las cláusulas oscuras en los contratos de seguro nunca podrán ser interpretadas en contra del asegurado[66].

Resulta interesante que el principio de *in dubio pro* asegurado no solamente se aplica al momento de interpretar las condiciones generales sino también al momento de analizar el contenido de las condiciones particulares. Así, la jurisprudencia española, entre otras, ha ratificado que aquellas cláusulas limitativas de derechos del asegurado establecidas en las condiciones particulares deberán considerarse como nulas cuando no se haya obtenido "el requisito de la 'doble firma' establecido por la doctrina jurisprudencial, según el cual debe firmarse tanto el contrato globalmente considerado como las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado"[67].

5. Conclusión y opinión personal

En primer lugar, no cabe duda de que actualmente los contratos de adhesión tienen popularidad en los sectores de servicios masivos ya que permiten una mejor economía contractual que beneficia a las partes contratantes. Así, la actividad de seguros se ha convertido en una necesidad ya que el riesgo es un elemento ineludible y por ello en algunos ramos constituye un servicio masivo. Los contratos de adhesión se han visto necesarios en el ámbito de los seguros ya que facilitan una economía contractual, evitando costos de transacción dentro de la etapa de negociación que muchas veces pueden ser excesivos para las partes.

En segundo lugar, la póliza a primera vista parecería tener ciertos rasgos característicos que nos permiten concluir que se trata de un contrato de adhesión. Por una parte, la aseguradora es quien se encarga de redactar de forma previa las condiciones contractuales que deben regirse a lo previsto en la legislación, so pena de sanciones o de no aprobación del producto por parte del organismo controlador. Sin embargo, después de haber estudiado las características y el contenido específico de la póliza, se puede concluir que en realidad se trata de un contrato de

64 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 52. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

65 El artículo 51 de la Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguro que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, establece que como falta leve la de "No brindar al usuario, información adecuada, veraz, clara, oportuna, completa y precisa acerca del alcance y los límites de todas y cada una de las prestaciones ofertadas, coberturas, tarifario aplicable, modalidad a utilizarse, sus características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, en la forma prevista en esta Ley".

66 Almarcha, Jesús. "Nulidad de la cláusula que limita la cobertura por fenómenos meteorológicos a cierta intensidad de lluvia en el seguro de hogar". *SAP Madrid*, Sección 12, No. 580 (2015), p. 3.

67 *Ibíd*.

adhesión híbrido, lo que permite regular ciertos aspectos de este tipo de contratos, pero también algunos condicionamientos que ambas partes deberán cumplir en aras de buscar una igualdad en su negociación.

La conceptualización del contrato de seguro generalmente indica que al ser uno de carácter de adhesión beneficiaría a la compañía y permitiría la inclusión de cláusulas abusivas que perjudiquen a los consumidores. Esta concepción se desvirtúa cuando se analiza el marco regulatorio definido que existe en el mercado asegurador, así como una legislación que busca la protección efectiva de los intereses y derechos del asegurado. En mi criterio, no solamente que la concepción que generalmente se tiene del contrato de seguro no se ajusta a la realidad, sino que también se desvirtúa la idea de que el asegurador es quien se beneficia del contrato al tener la posibilidad de redactar de forma unilateral ciertas condiciones.

Por todo lo anotado, se podría sostener que el contrato de seguro participa de ambas cualidades: por un lado, de libre discusión, puesto que las partes pueden negociar algunos aspectos defendiendo sus intereses; y por otro lado, de adhesión, ya que —como hemos visto— existe un marco predeterminado que simplemente el asegurado lo rechaza o lo acepta, con poder de discusión.

The Impinge of the State of Emergency on the Fundamental Freedoms

Sandrine Le Teno,
Université Catholique de Lille, Faculté Libre de Droit, 58 rue du port, 59000 Lille, Francia.
Correo electrónico: letenosandrine@gmail.com

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Note to the reader: The author is not a native speaker.

Abstract
This article is about the state of emergency in France, which will be in force until the 15th July 2017. After explaining the previous declaration of the state of emergency and its consequences, the article points out the conflict between the declaration of the state of emergency in France and fundamental freedoms as they are enshrined in French Law (law of 3rd April 1955 and law of 20th November 2015) as well as European (European Convention on Human Rights) and International (International Covenant on Civil and Political Rights) law and explains under which conditions the state of emergency can be lawful even if it implies a reduction or a derogation to fundamental freedoms which are supposed to be protected by the national and international pieces of legislation.

Keywords
France, State of emergency, Extension, Fundamental Freedoms, European Convention on Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights.

El Impacto de la Declaración del Estado de Emergencia en los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos

Resumen
El presente artículo tiene por objetivo analizar a profundidad la declaratoria de estado de emergencia en Francia, que durará hasta el 15 de julio de 2017. Tras explicar las implicaciones y consecuencias del estado de emergencia, esta investigación pretende dilucidar el conflicto existente entre este y las libertades de los ciudadanos con el fin de evidenciar las contradicciones que supone este hecho. El documento tiene por base jurídica la legislación nacional francesa (ley del 3 de abril de 1955 y ley del 20 de noviembre de 2015), La Convención Europea de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos textos legales permiten comprender la legalidad de la declaración del estado de emergencia en un Estado determinado aunque esto implique una limitación a derechos fundamentales de los ciudadanos plasmados en normativa nacional tanto como internacional.

Palabras Clave
Francia, estado de emergencia, Derechos Fundamentales, Convención Europea de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1. Introduction

Two years ago, on January 7th, 2015 the satiric newspaper *Charlie Hebdo* was attacked by Al-Qaeda[1] and twelve people died. Two days later, a hostage taking took place in a kosher shop in Vincennes, Paris and four people died. Following these attacks, on November 13th, 2015, one hundred and thirty people died and hundreds were injured in the terrorist attack of the Bataclan, an auditorium in Paris. Simultaneously, in the *Stade de France,* three suicide bombers acted in front of the stadium without hurting anyone[2].
The terrorist attack of the Bataclan was the biggest one in France and was perpetrated by the Islamic State of Iraq and the Levant[3] (onwards "ISIL"). The President of the Republic, François Hollande, declared the state of emergency on the entire territory of France and the closing of the boundaries, in order to try to stop further terrorist attacks and prevent suspects from fleeing. It was the fourth time that the state of emergency was declared on the whole metropolitan territory of France.
The state of emergency is a situation of public emergency, which can be defined as a temporary system of rules to deal with an extremely dangerous or difficult situation[4]. It involves a derogation of usual human rights standards and a change in the distribution of constitutional powers[5].

2. Historic evolution

2.1. The state of emergency through 1955 - 2015

In order to understand the importance and the impact of this declaration, an analysis of the historical facts which led to the establishment of the regime of the state of emergency is necessary. On April 3rd, 1955, the Parliament voted the law creating the state of emergency and, thus, establishing a new state of extraordinary powers. The only existing one was the state of siege, which gave increased power to the army, by transferring the powers of the administrative police and judging civil cases to the military authority[6]. At that time, the government was trying to

1 An Islamist terrorist network created by Osama Ben Laden in the 1980's. Free translation. Encyclopédie Larousse. "Al-Qaida". n/d. http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/al-_Qaida/139920 (access: 20/04/2017).
2 De Mareschal, Edouard. "Terrorisme de 2012 à 2016, la Frrance durement éprouvée". *Le Figaro*. June 15, 2016. http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2016/07/15/01016-20160715ARTFIG00002-terrorisme-de-2012-a-2016-la-france-durement-eprouvee.php (acess: 28/04/2017).
3 " […] Also known as Islamic State (IS) or Daesh, it is a salafist-jihadist organization in Iraq and Syria willing to impose and expend the caliphate […]". Standford University. *Mapping Militant Organizations: The Islamic* State. April 14, 2017. http://web.stanford.edu/group/mappingmilitants/cgi-bin/groups/view/1 (acess: 20/04/2017).
4Cambridge Dictionary. "State of emergency". 2017. http://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-chino-simplificado/state-of-emergency (access: 20/04/2017).
5 European Commission for democracy through law (Venice Commission). *Emergency Powers – Science and technique of democracy No.12*. No CDL-STD(1995)012-e, p. 3.
6 Free translation. Cossalter, Philippe. "Légalité de crise et état d'urgence". *Revue Générale du Droit*. November 15, 2015, paragraph 13.

avoid a *coup d'état*[7] perpetrated by the military unit in Algeria. Thus, they needed to increase the power of the government and not the army's, in order to facilitate the return to a usual state of affairs. Nevertheless, at that time, this new state of emergency was only declared on the Algerian territory.

The law of April 3rd, 1955 established the rules of the state of emergency. It gave the Parliament the power to vote for the declaration of a state of emergency and the faculty to determine its duration, according to articles 2 and 3. However, only if the conditions provided by article 1 were fulfilled, the vote could take place. That is to say that "if there is an imminent peril resulting from serious breaches of the public order or from events which, due to their nature and seriousness, have the character of public disaster"[8].

The first time the state of emergency was used in France was during the Algerian war[9], in May 1958. The law passed on May 17th 1958, which declared a state of emergency for three months[10]. It was declared because the French government was threatened by the possibility of a *coup d'état* in Algeria.

The second time, the President of the Republic, Charles de Gaulle, declared the state of emergency following the "Putsch of the Generals" in 1961, during the Algerian War. He also decided to use the extraordinary powers according to article 16 of the new Constitution of the 4th October 1958, which words as follows:

> If there is a serious and immediate threat over the institutions of the Republic, over the independence of the nation, over the fulfillment of its international commitments or over the integrity of the territory, and, if the proper functioning of the constitutional public authorities is interrupted, the President can take any necessary action after having consulted the Prime minister, the Presidents of the two assemblies and the Constitutional Council[11].

This state of emergency lasted for more than one year and caused a lot of disagreement and protests, because article 16 of the Constitution granted the President of the Republic exceptional powers. In fact, in 1961 the President continued to use the article 16, even if the conditions were not the same anymore. Moreover, it was not clear if all the conditions were fulfilled, because it was never proved that public powers were interrupted and that the threat over the institutions of the Republic was immediate[12].

The third one was following the riots of October and November 2005 in the Parisian's suburbs. After the Council of Ministers issued a decree[13], the President declared the state of emergency for

7 "Sudden defeat of a government through illegal force by a small group, often a military one." Cambridge dictionary. "Coup d'état". http://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/coup-d-etat?q=coup+d%27état (access: 22/05/2017).

8 Free translation. Law of 3 April, 1955, creating the state of emergency and applying it in Algeria. Republic of France Official Journal No 55-385, April 3, 1955. Article 1.

9 From 1954 to 1962, the war opposed France to Algerian separatists and took place during a decolonization process. The French government recognized its status of war only in 1999. Free translation. Encyclopédie Larousse. http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/guerre_d_Algérie/104808 (access: 20/04/2017).

10. Law n°58-487 of May 17, 1958. Declaration of the state of emergency on the metropolitan territory for three months. Republic of France Official Journal No. 58-487, May 17, 1958.

11 Free translation. Constitution. Article 16. October 4, 1958.

12 Free translation. Platon Sébastien. "Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ?". *Revue Française de Droit Constitutionnel*, HS n°2 (2008), pp. 97-116, paragraph 13.

13 Decree n°. 2005-1387 of November 8, 2005, relative to the application of Law n° 55-385 of April 3, 1955. Republic of France Official Journal No. 261, November 9, 2005.

two weeks on the entire territory. Nonetheless, it was effective only in twenty-five departments, where a threat to the public order existed[14]. After this period, the Parliament passed a law in order to extend the state of emergency for three more months[15]. Finally, after two months a decree was issued to put an end to the state of emergency[16], as the government judged that the circumstances had changed.
Since the beginning of 2015, 238 people have died in terrorist attacks in France[17]. Indeed, a major attack occurred in Nice, during the Bastille Day 2016, increasing the number of casualties of terrorism to eighty-four. This attack convinced the Parliament to vote, on July 21st 2016, to extend the state of emergency for six months, until the end of January 2017. Although President Hollande declared that he would not ask the extension of the state of emergency, he asked for it after the last attack.

2.2. Current situation

France was under the state of emergency since the attacks of 13th November 2015, as the Parliament extended it five times and it is supposed to end on July 15, 2017. However, a fifth extension seems unlikely, because on December 8th 2016, the *Conseil d'État,* the highest administrative authority, gave an unfavorable advisory opinion about it. The state of emergency was designed for short periods of time, in order to help the government have enough power to stabilize a temporary dangerous situation by increasing the power of the forces of order. As the *Conseil d'État* stated in its advisory opinion "the extension of the state of emergency cannot succeed each other indefinitely" and "it [the state of emergency] should remain temporary"[18]. The Government, nevertheless, did not take this opinion into consideration.
The state of emergency is a dangerous situation since it allows the executive bodies to have increased powers. The government, for instance, has the possibility to reduce some fundamental liberties protected by constitutional provisions and international legal instruments. In France, article 34 of the Constitution requieres that the law should also protect fundamental freedoms. The main objective of this article is to demonstrate that a state of emergency is not desirable for a long period of time, as it is in conflict with fundamental freedoms.
The Constitution and the international conventions, like the European Convention on Human Rights, set a possibility for the state to suspend the application of certain rights. However, it causes a problem with the normative hierarchy principle[19], because a law can prevent the application of Constitutional provisions and international conventions. In 1985 the Constitutional Council

14 *Id*. Article 1.
15 Law on the extension of the application of the law from April 3, 1955. Republic of France Official Journal n°. 2005-1425, November 18, 2005.
16 Decree N° 2005-1425 of November 18, putting an end to the application of the Law, 2005. Republic of France Official Journal No. 2006-2, January 13, 2006.
17 Les Décodeurs. "Le terrorisme islamiste a fait 238 morts en France depuis janvier 2015", *Le Monde*. July 26, 2016. http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/07/26/le-terrorisme-islamiste-a-fait-236-morts-en-france-en-18-mois_4975000_4355770.html (access: 26/7/2016).
18 Free translation. Conseil d'État, Advisory opinion. Registration number 392427, December 8, 2016, paragraph. 6.
19 Free translation. Cossalter, Philippe. "Légalité de crise et état d'urgence". Óp. cit., *p*aragraph. 21.

ruled that the law of 1955 was not contrary to the Constitution. The reason was that article 34 of the Constitution gave the competence to the legislator to enact the rule about fundamental freedom and oversee their balance with the public order.

Therefore in the worst case, the use of the state of emergency could lead to an authoritarian type of government. This would cause a change from a state governed by the rule of law, to a state where the government could suspend individual freedoms without any justification. Fortunately, some counter-powers have been anticipated in 1955 and by international bodies to prevent any abuse. In practice however, these are not really effective.

3. The consequences of the declaration of the state of emergency on fundamental freedoms

On the 14th of November 2015, after consulting the Council of Ministers[20], the President issued a decree declaring the state of emergency throughout the whole metropolitan territory of France[21]. This was the fourth time the state of emergency was declared.

The decree specified that the administrative authorities, the Ministry of Interior and the Prefect, were allowed to ask for searches, anywhere, including the homes, at any time of the day or night. The condition to do so, was prescribed in article 11 of the 1955 law, and consisted in the existence of serious reasons to think that the behavior of the person visiting the place subject to search could constitute a threat to the public security or the public order.

However, the places where professional activities of lawyer, judge and journalist are exercised or places used for the purposes of parliamentary mandates are excluded. These searches are administrative. The administrative authorities can ask for them without the authorization of a magistrate, the searches are not authorized by a judiciary body[22], and are governed by a special regime. The goal of these administrative searches is not to find proof to punish a culprit, it is rather seeks to prevent any public disorder and to gather information. This is a measure of administrative police, which aims to prevent and not to repress. Four days later, the President issued another decree declaring the state of emergency in Guadeloupe, Guyana, Martinique, Reunion, Mayotte, St Barthelme and St Martin[23].

On November 20th 2015, the Parliament voted for a law extending the state of emergency for three months starting on November 26, 2015[24], according to article 3 of the 1955 law. This law, relative to the state of emergency and its reinforcement and modernization modified the 1955 law in its articles: 6 on house arrest, 9 on the delivery of weapons, 10 about the power of the Government to order requisitions, 11 on searches, 13 about sanctions, and 14 about the control

20 Law of 3 April, 1955, creating the state of emergency and applying it in Algeria. Republic of France Official Journal No 55-385, April 3, 1955. Article 2.

21 Decree n°2015-1475 of November 14, 2015, on the application of the Law No. 55-385 of April 3, 1955. Official Register n° 0264, November 14, 2015.

22 Either a public prosecutor or an examining magistrate depending on the type of the case.

23 Decree n°2015-1493 of November 18, 2015, implementing overseas application of Law n°55-385 of April 3, 1955. Republic of France Official Journal No. 2015-1493, November 18, 2015.

24 Law No. 2015-1501, extending the application of the law n°55-385 of 3rd April 1955 and reinforcing the efficiency of its dispositions. Republic of France Official Journal No. 2015-1501, November 20, 2015.

of the administrative judge. This law of November 20th, 2015 included article 6-1, about the dissolution of association, which can now be ordered by a decree of the Council of Minister. It also added article 4-1, which gave the Parliament the right to be informed from every measure taken by the Government and the power to ask for additional information. Finally, it abrogated articles 7 and 12 of the law from 1955, which were not "corresponding anymore to the legal evolution of the society"25. The only dispositions the law of 2015 did not modify were articles 1 to 4 about the procedure to declare the state of emergency. Hereinafter the articles will be referred to as modified by the law of 2015[26].

In fact, once the state of emergency is declared, some dispositions of the law from April 3rd, 1955 are automatically applicable. Articles 5 to 9 are about the adoption of measures having a general effect or having an effect on certain individuals. For instance, article 5 of the law of 1955 states that on its territory, meaning the department, the Prefect can, by ordinance, ban the circulation of individuals or vehicles, on places and at hours decided by him. This article is a limitation to the right of movement (or access), an individual´s liberty, which has been declared as a constitutional principle in the decision of the Constitutional Council of July 12, 1979, and which is protected by articles 2 and 4 of the Declaration of Rights of Men and Citizens.

Furthermore, article 8 words that "the Prime Minister for the entire territory or the Prefect for his department, can order the closing of auditorium, bars or places of assembly whatever their nature, by ordinance"[27]. This is a limitation, or even a suspension to the freedom of association, the freedom of movement and the freedom of conducting business, as bars may be forced to close without gaining any profit. Unfortunately, in 1919 in the decision of Mrs. Dol and Laurent, the *Conseil d'État* authorized this administrative limitation to fundamental freedom, in exceptional circumstances such as war[28]. Therefore, the limitation of freedom by the Government in special circumstances has been accepted for a long time.

Moreover, article 6 lays down that the Ministry of the Interior is entitled to pronounce house arrest if there are serious grounds to consider that the person's behavior may constitute a threat for public security and order. Only suspicion is needed to pronounce house arrest on someone. There is no need to prove that the behavior or the activity could constitute a threat to the public order. Therefore, "the gathering of sufficient proof to limit a fundamental freedom is not required to use article 6 of the law from April 3rd, 1955"[29]. This article is a limitation to the freedom of movement, and also to the right to a private and family life, as it can disturb them.

In addition, article 6-1 allows the dissolution of associations or gatherings, favoring actions breaching the public order, by a decree taken by the Council of Ministers. Contrary to all the

25 Free translation. Roudier Karine, Geslin Albane and Camous David-André. *L'état d'urgence*. Italy: Éditions Dalloz, 2016, p.51.

26 *Id*. pp.56-96.

27 Free translation. Law of 3 April, 1955, creating the state of emergency and applying it in Algeria. Republic of France Official Journal No 55-385, April 3, 1955. Article 8.

28 Conseil d'État of France. Decision Number 61593. February 28, 1919, paragraph 6.

29 Free translation. Roudier Karine, Geslin Albane and Camous David-André. *L'état d'urgence*. Italy: Éditions Dalloz, 2016, p. 61.

other measures, this one does not end once the state of emergency terminates. This exception is even more restrictive on the freedom of association, because when the conditions needed to declare the state of emergency are no longer present, the association cannot be created again. Moreover, the government increased its power by adding this article, because it has a lot of discretion, as the conditions of applications are very vague. Indeed, the government can prevent some undesirable demonstration on the grounds of a suspicion that would breach the public order, even if there would be no relation with any terrorist organization.

These four articles are the main interest when declaring the state of emergency. Thanks to their wide conditions of application, they increase the power of the executive bodies, which can easily lead to abuses. They enable the Government to increase its control over the population and therefore to reduce the risk of any breach in the public order and security. The real purpose of these preventive measures is to facilitate the collection of information and to avoid disturbances. It does not allow the judicial judge to pronounce a sentence, which would be the case under usual circumstances. Moreover, these articles reflect an acceptance of serious reductions of fundamental freedoms, which also creates a problem in respect to the hierarchy of norms.

Consequently, some decisions have been challenged before the Constitutional Council, which is the entity in charge of the control of constitutionality of every norm in the French legal system. Pursuant to article 61-1 of the 1958 Constitution[30], on December 22nd 2015, the Constitutional Council ruled on the constitutionality of the house arrest in the event of a state of emergency. It ruled that such a house arrest is not unconstitutional because it does "not cause a disproportionate violation to the freedom of movement"[31], on the grounds that:

> Considering in the first place that placement under house arrest can only be ordered if a state of emergency has been declared; […] that only a person resident in the area covered by the state of emergency in relation to whom "there are serious grounds to consider that his or her behavior may constitute a threat for public security and order" may be placed under house arrest;
>
> Considering secondly that the order placing a person under house arrest, its duration, the conditions governing its application and the supplementary obligations with which it may be associated must be justified by and proportionate with the reasons that motivated the measure under the particular circumstances that led to the declaration of a state of emergency; that the administrative courts are charged with ensuring that such a measure is suitable, necessary and proportionate with the goal pursued [32].

According to the Constitutional Council, as long as the measures are proportional and necessary to protect the public order or security, fundamental freedoms can be limited during a state of emergency. If there is a claim before the administrative judge, he will assess the proportionality of the measure. When a measure of house arrest is evaluated, the judge of the emergency interim proceedings is competent to do so, because illegal limitation of freedom is an urgent matter. In

30 Introduced in 2008 in the Constitution, it gives the possibility for every individual part to legal proceedings, to ask the opinion of the Constitutional Council about the constitutionality of a disposition applied during these proceedings. The trial is then suspended until the Council gives its opinion. If it found for the unconstitutionality of the disposition, it cannot be applied in the proceedings anymore.

31 Constitutional Council. Decision Number 2015-527 of 22nd December 2015, paragraph 14.

32 *Id.*, paragraphs 11 and 12.

order to render a judgment, the judge will first assess if the subject of the house arrest is living in the territorial scope of the state of emergency. Secondly, the judge will determine if there are serious grounds to think that the behavior of that person can constitute a threat to the public order and security.

Third, the judge evaluates if the measure is proportionate to the reason of the declaration of the emergency state. This proportionality consists on a link, between the reasons of the declaration of the state of emergency and the ones leading to the house arrest, which according to the *Conseil d'État* and the Constitutional Council do not need to be direct. The judge will also assess if the measure is necessary, suitable and proportionate for the purpose pursued. For this appraisal, it is not clear which type of control the administrative judge should exercise. When using a restraint control, the judge will look for a manifest error only, if it is a wider one, he should look for any serious and illegal threat to a fundamental freedom resulting from the measure. It seems that the Constitutional Council tends to ask for a complete control from the judge of the emergency interim proceedings, who usually only have to do a restraint one.

Finally, the judge will verify that the duration of the house arrest is mentioned and also that it does not exceed twelve months. If not, it will automatically terminate simultaneously with the end of the state of emergency, but the judge considers that the measure will lack foreseeability, it would be declared as void. Moreover, every time the state of emergency is extended, the measures also need to be renewed expressly otherwise they are no longer legal[33].

Furthermore, if the decree declaring or the law extending the state of emergency applies article 11 from the law of 1955, the reduction of fundamental freedoms is even greater, because as aforementioned, executive bodies can authorize administrative searches. However, they must motivate the measure and the administrative judge is responsible of controlling it. This is not an absolute power granted to the Government. The law passed on November 20th 2015 specified article 11 is applicable.

Therefore, the constitutionality of the modified article 11 has been challenged. The Constitutional Council ruled that it was complying with the Constitution. On February 19th, 2016, this decision was also brought before the Council on the basis of article 61-1 of the Constitution. The plaintiff argued that article 11 of the law on the state of emergency was violating the right to private life, effective judicial relief and individual liberties[34]. Nevertheless, according to the decision, the extraordinary measures provided by this article are proportionate and necessary in order to preserve the nation from an imminent peril or a public calamity.

In addition, a consensus has to be found between two constitutional principles, the protection of fundamental freedoms and the preservation of the public order and security[35]. Similarly to the first case mentioned, the Constitutional Council is assessing if the measures are suitable and

33 Degirmenci Selim. "Une validation sinueuse de l'assignation à résidence en état d'urgence doublée d'un appel renforcé au contrôle du juge administratif". *La revue des droits de l'Homme* (online review), 1763 (2015), pp. 8-14.

34 Constitutional Council of France. Decision Number 2016-536, 19th February 2016, paragraph 2.

35 *Id.*, paragraph 12.

proportionate for the protection of the public order. The Council plays a role of conciliator between national security and individual freedoms. It seems to argue in favor of the public security or order in the majority of the cases, meaning that the fundamental liberties are not an absolute priority.

However, in the above-mentioned decision the Council also ruled that the second sentencce of the third subparagraph of paragraph I of article 11 was unconstitutional[36]. The Council words the grounds as follows:

> Considering that the provisions of the second phrase of the third subparagraph of paragraph I of Article 11 of the Law of 3 April 1955 enable the administrative authority to copy all computer data that it may have the possibility to access during the course of the search; that this measure is equivalent to a seizure; that neither this seizure nor the exploitation of the data thereby collected has been authorized by a court, even if the occupant of the location searched or the owner of the data objects and even though no offence has been established; that in addition data may be copied that has no link with the person whose conduct constitutes a threat for security and public order and who has frequented the location at which the search has been ordered; that in doing so, the legislator did not put in place legal guarantees capable of ensuring a reasonable balance between the objective of constitutional standing of safeguarding public order and the right to respect for private life; […] the provisions of the second phrase of the third subparagraph of paragraph I of Article 11 of the Law of 3 April 1955, which violate Article 2 of the 1789 Declaration, must be declared unconstitutional[37].

Thus, this part of article 11 has been abrogated and is not applicable any more, as in addition to causing an interference with the private life of an individual suspected by the administration, it can also interfere with the private life of a third person. Before the sentence was abrogated and the state of emergency declared, approximately three months passed, where a lot of searches were ordered. In fact, from the beginning of the state of emergency to February 3th 2016, there were 3299 administrative searches and 392 persons were placed under house arrest[38]. Some of these searches applied the unconstitutional part of article 11 of the law of 1955. For instance, as a result of a search made on November 18th, 2015 even some Facebook conversations were copied[39]. They exposed some relation with Islamic religion and other reasons, which led to the declaration of a house arrest, which was suspended by the administrative tribunal of Lille in December 2015 based on a serious and clearly illegal limitation of the right of movement of the plaintiff[40].

There is an evident conflict between the measures authorized under the state of emergency and the fundamental freedoms. More precisely, former article 11 of the law from 1955 is contrary to article 2 of the Declaration of Rights of Men and Citizen from 1789, on the right to a private life and the right to the inviolability of the domicile. This conflict has been recognized by the Constitutional Council. But according to its decision from September 23rd 2016, the action of a penal procedure consequent to a measure taken on the basis of the unconstitutional

36 *Id.*, paragraph 14.
37*Id.*, paragraph 14.
38 Senate, Mercier Michel. Report n°368 (2015-2016). Preliminary document.
39 Administrative Tribunal of Lille. *Case N°1510268*. Order of 22 December 2015, paragraph 7.
40 Administrative Tribunal of Lille. *Case N°1510268*. Order of 22 December 2015, paragraph 14.

part of article 11 cannot be questioned. The Council found that it would be contrary to the constitutional principle of the safeguard of the public order and would have excessive consequences[41]. This means that some people suffered unlawful searches and pursuant to that have been punished, but they cannot claim the unconstitutionality of the basis given to their sentence. One could argue that this is a violation of the principle of the legality of the sentence, which is linked to the right of a fair trial, another fundamental right, or to the principle of the rule of law.

On the one hand, some unconstitutional dispositions have been applied and the Constitutional Council recognized it, eliminating this unconstitutional part. Also, the same Council ruled that it would be contrary to the protection of the public order to stop the penal procedures generated by this unconstitutional article or to amnesty them. This is worrying because it means the application of a law declared contrary to the highest norm of the well-known Kelsen model could even initiate penal procedures. It is then a sort of denial, from the Council, of the unconstitutionality of the abovementioned part of article 11. But this reasoning seems logical regarding the configuration of the Council. In fact, the Constitutional Council members are law practitioners of exceptional reputation, former ministers and also former Presidents, who automatically become members after the end of their mandate[42]. Even though the Council is supposed to be independent and impartial, while some members are former political figures, they will obviously support the increase of power of the Government and not the protection of fundamental freedoms.

This situation of reduction of fundamental liberties continued as the law passed on February 19th 2016 extended the state of emergency for three more months[43]. Following the law about the first extension, this one also specifies that article 11 is applicable. Once more, on May 20th 2016, the Parliament adopted a law extending the state of emergency because of the international events of June and July[44], but the justification was not an intense threat of attacks. This time, article 11 of the 1955 law was not applicable. No search could be conducted apart from the regular judicial procedure. Plus this extension was only for two months, ending on July 26th. This could have been interpreted as the last extension and as a soft return to the regular situation[45].

Finally, on July 19th, the Government decided to extend the state of emergency for the fourth time. The law, adopted by the Parliament, authorized searches and specified that if the search revealed the existence of electronic documents, these could be seized. These objects must have a connection with the threat to the public order and security caused by the behavior of the

41 Constitutional Council of France. Decision Number 2016-567/568. QPC of 23rd September 2016, paragraph 11.
42Constitution of the Republic of France. Article 56. October 4th 1958.
43 Law n° 2016-162 of February 19, 2016. Extending the application of the law n°55-385 of April 3, 1955 about the state of emergency. Republic of France Official Journal No.2016-162, February 19, 2016.
44 When the European Championship of Football, Euro2016 and the Tour de France took place.
45 The Editorial Board. “France’s Permanent Emergency State”. *The New-York Times* (online). 25th July 2016, The Opinion Pages.

individual. The seizure can be made either by copying the content or by confiscation of the support if a copy cannot be made during the time of the search. This must occur with the presence of a judicial police officer and a judge of emergency interim proceedings, who must authorize the exploitation of the seized data. This measure is clearly replacing the one declared unconstitutional by the Constitutional Council on February 19th 2016. It is specified that this copy can only be done after the confiscation is declared, so there is no infringement to the right of property and it must be referred to the public prosecutor, so the procedure is controlled. Therefore, this article is not likely to be judged unconstitutional as no violation of fundamental right can arise from its application on a legal stand point.

The state of emergency was extended for six additional months and supposed to be considered the last extension. Despite this, on December 19th, the Parliament voted, for the fifth time, for the extension of the state of emergency until July 15th 2017. In this case, the justification was based on the presidential election that was going to take place. Indeed, a lot of political meetings and gatherings took place and could be target of terrorist attacks. As a result, France was under the state of emergency for more than one year and a half.

As stated previously, the state of emergency is giving rise to controversial limitations of fundamental freedoms and increased powers of the Government. Although this law of 1955 is very criticized and dangerous, in most of the cases it has been judged in conformity with the Constitution. Therefore, two questions should be raised. First, is the reduction of fundamental freedoms legal when the measure is enforced for a long period? Unfortunately, no national provisions have regulated the length of the state of emergency and no decision of the *Conseil d'État* or the Constitutional Council have declared an extension unconstitutional. Second, is this reduction of fundamental freedom acceptable under international law and is there a limit to the period of time the state of emergency can be declared?

4. The derogation of international commitments under human rights instruments in case of a state of emergency

As mentioned in the introduction, France is part of the European Convention on Human Rights (onwards "ECHR") and therefore must comply with it. It is also member of the International Organization the United Nation (onwards "UN"). France ratified the United Nations' Charter in 1945, and consequently, has to obey the rules of the UN as well.

The conflict with international laws is really tangible, as on the pyramid of legal norms, the international conventions are above national Constitutions. Therefore every norm of a national legal system must be in accordance with international dispositions. In France, national legal practitioners tend to think that the Constitution remains as the supreme norm. According to them in order for an international piece of legislation to be lawful it has to comply with the Constitution. However, it is the Constitution, which should be amended, if not in line with international dispositions, not the other way around.

Therefore, when France declares a state of emergency, it must comply with international norms. The ECHR and the International Covenant on Civil and Political Rights (onwards "ICCPR"), adopted by a General Assembly's Resolution of the UN in 1966 and entered into force in 1976, were anticipating this situation. These texts protect fundamental freedoms, which France agreed to respect and protect in ratifying them respectively in 1974 and 1981.
However, article 15 of the ECHR provides the possibility to derogate obligations under certain circumstances. Indeed, article 15 states the following:

> 1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.
> 2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.
> 3. Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.

According to the ECHR, it is legal to reduce some fundamental freedoms but not to violate the right to life, the prohibition of torture, of slavery and forced labor and the principle of no punishment without law, which are non-limitable rights. The judges of the European Court of Human Rights (onwards "ECtHR") are entitled to assess the proportionality between the derogative measure taken by the state and the reasons why the state of emergency has been declared. Moreover, all the national possibilities of review have to be used before a case is brought to the ECtHR.
This article also declares that the State parties of the Convention should inform the Secretary General of the Council of Europe. This procedure of information is a way for the Council to monitor the measures taken by the State having declared an emergency. France decided to make use of article 15 of the ECHR and consequently informed the Council of Europe by letters on November 24th 2015, February 25th 2016, May 25th 2016, July 22nd 2016 and December 21st 2016.
The first question regarding these letters is, under article 15 of the ECHR, can a terrorist attack be considered as a public emergency threatening the life of the nation?
The declaration of the state of emergency has to be regarded as complying with article 15 of the ECHR according to the reservation contained in the instrument of ratification, deposited on May 3rd, 1974 by France. It lays down the conditions to apply article 16 of the Constitution from 1958, or to declare the state of siege or of emergency has to be understood as complying with paragraph 1 of article 15 of the Convention. This means a terrorist attack can be considered as a public emergency threatening the life of the nation. Plus, in the case of the ECHR *A. and others v. United Kingdom* of February 19th 2009, the Court ruled that conditions of article 15 must be interpreted as a situation of crisis or of exceptional danger, affecting the entire

population, and constituting a threat for the organized life of the community composing the State[46]. It also agrees on the fact that a threat of terrorist attack justifies the application of article 15.

In this case, the ECHR also had to assess the proportionality of the imprisonment for a non-determined period. The Court ruled that this measure was not justified because it made a difference between the United Kingdom's citizens and foreigners. It is important to notice that even if some fundamental freedoms can be limited, this limitation must be applied equally to everyone. If performed in a discriminatory way, measures are forbidden. Consequently, the ECHR seems to allow the limitation of some fundamental freedom in case of emergency only if the measure aims to facilitate the return to a normal situation. Measures having a discriminatory effect cannot be accepted, as discrimination is prohibited under regular circumstances. If measures are discriminatory the aim cannot be to facilitate the return to the usual situation, as it is in breach with rules under usual circumstances.

Thus, declaring the state of emergency and derogating some fundamental freedoms is legal if it complies with article 15 of the Convention and measures taken are proportionate to the threat and are not discriminatory. But in its letter of information, France specifies "The terrorist threat in France is of a lasting nature, having regard to information from the intelligence services and to the international context"[47].

The second question is, can the state of emergency be lawful if declared for a long period of time? The ECtHR is not in favor of controlling the duration of a state of emergency, so it ruled in the case abovementioned that:

> 178. While the United Nations Human Rights Committee has observed that measures derogating from the provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights must be of "an exceptional and temporary nature" (see paragraph 110 above), the Court's case-law has never, to date, explicitly incorporated the requirement that the emergency be temporary, although the question of the proportionality of the response may be linked to the duration of the emergency. Indeed, the cases cited above, relating to the security situation in Northern Ireland, demonstrate that it is possible for a "public emergency" within the meaning of Article 15 to continue for many years […][48].

Therefore, States can use article 15 of the ECHR for several years if the circumstances require it. The declaration of the state of emergency is legal even if the threat of a terrorist attack is not considered as of a "temporary nature", given all the attacks perpetrated in France since November 2015. Thus the state of emergency that has lasted for more than a year and a half in France is legal.

However, the role of this Convention is to protect fundamental rights, so a limitation to this protection can be accepted only for extraordinary situations and for a short period of time. Otherwise, there is no point of having an international legislation aiming to protect fundamental

46 European Court of Human Rights. *A. and others v. UK*. Application No. 3455/05, February 19th, 2009, paragraph 176.
47 Declaration contained in a verbal note from the Permanent Representation of France in the Council of Europe, dated 24 November 2015, registered at the Secretariat General on 24 November 2015.
48 European Court of Human Rights. *A. and others v. UK*. Application No. 3455/05, February 19th, 2009, paragraph 178.

rights. In fact, if limitations to these rights can be imposed for a non-limited period of time by states having ratified the Convention, meaning that they have agreed to comply with the international obligations of the Convention, these obligations to protect fundamental rights are senseless, since derogation of them can be done in total compliance with the same Convention. The UN Human Rights Committee has considered the terms of the limitation of fundamental rights in another way. In fact, in its General Comment No.29: Article 4, derogation during a state of emergency, it stated "Measures derogating from the provisions of the Covenant must be of an exceptional and temporary nature"[49] as mentioned by the ECtHR. Although it can only be temporary, reducing fundamental freedoms because of a state of emergency is allowed under international law. Indeed, the ICCPR states in its article 4 that:

> In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, color, sex, language, religion or social origin [...] [50].

France made the same reservation, when ratifying the ICCPR and the ECHR. This means article 4 can be used if the state of emergency is declared in compliance with the French law. However, according to paragraph 2 of the article "No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision"[51]. Therefore no State can derogate to the list of rights settled in article 15, paragraph 2 of the ECHR and to the right of no imprisonment if a contractual obligation is not fulfilled, the right to recognition before the law as a person and freedom of thoughts, religion and conscience. This list of non-limitable rights is wider than the one provided with the ECHR. Therefore, the ICCPR is more protective in regards of human rights in comparison to the ECHR. Furthermore, another proof of the wider protection of the ICCPR can be found in the General Comment No. 29. The Committee decided that:

> However, it is apparent that some other provisions of the Covenant were included in the list of non-derogable provisions because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency (e.g., articles 11 and 18). Furthermore, the category of peremptory norms extends beyond the list of non-derogable provisions as given in article 4, paragraph 2. States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by taking hostages, by imposing collective punishments, through arbitrary deprivations of liberty or by deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence[52].

---

49 United Nations Human Rights Committee, *Derogations during a State of Emergency CCPR/C/21/Rev.1/Add.11*. General Comment No.29, article 4, August 31st, 2001, paragraph 2.

50 International Covenant on Civil and Political Rights. Article 4, paragraph 1. General Assembly Resolution 220A (XXI) of 16th December 1966.

51 International Covenant on Civil and Political Rights. Article 4, paragraph 2. General Assembly Resolution 220A (XXI) of 16th December 1966.

52 United Nations Human Rights Committee, *Derogations during a State of Emergency CCPR/C/21/Rev.1/Add.11*. General Comment No.29, article 4, August 31st, 2001, paragraph 11.

Thus, the ICCPR does not allow any derogation of fundamental principles of international law or humanitarian law. The State also has to inform if it puts an end to the state of emergency. France informed the Secretary General of the declaration of the state of emergency by letter on November 23rd 2015. This letter also declared that some of the measures taken could imply some derogations of fundamental freedoms protected in the ICCPR[53]. These measures must be referred to the Secretary General so the UN Human Rights Committee can control them, but it is not the only body able to do so, as the General Comment No.29 writes:

> Such notification is essential not only for the discharge of the Committee's functions, in particular in assessing whether the measures taken by the State party were strictly required by the exigencies of the situation, but also to permit other States parties to monitor compliance with the provisions of the Covenant[54].

Therefore, the Committee and the other State parties of the Convention can exercise a mission to control the measures taken by the state having declare the state of emergency. It is specified in the General Comment No.29 that:

> […] it is the task of the Committee to monitor the laws in question with respect to whether they enable and secure compliance with article 4. In order that the Committee can perform its task, States parties to the Covenant should include in their reports submitted under article 40, sufficient and precise information about their law and practice in the field of emergency powers[55].

This means a State declaring a state of emergency should explain the national legislation applicable to this situation and its use, in its report. The UN Human Rights Committee and other States are exercising this control through periodic reports, however these are not legally binding for the States[56]. Thanks to these reports, the Committee noticed that legislation of some countries (the UK, Tanzania, Peru for instance) were not respecting the Covenant because it authorized derogations of fundamental rights in situations not covered by article 4[57].

There is another control that can be exercise by the Human Rights Council, if an individual, a group of people, or a non-governmental organization petition the Council based on a human rights violation. Nevertheless, it is only possible in cases of evident and systematic violation of human rights and if every internal recourse has already been used, which implies that several years have passed. This control is not really effective because justice will be administrated years after the violation of rights occurred and there are effective harmed individuals. Moreover, until today, no decision of the Human Rights Committee has said that the declaration of emergency by Francois Hollande was not legal. Following this logic, France can continue to derogate to fundamental freedoms, however it must be within the limits imposed by the ICCPR.

---

53 International Covenant on Civil and Political Rights. *France: Notification under article 4 (3) C.N.703.2015.TREATIES-IV.4*. Notification, 23 November 2015, last paragraph.

54 United Nations Human Rights Committee. *Derogations during a State of Emergency CCPR/C/21/Rev.1/Add.11*. General Comment No.29 of article 4, 31st August 2001, paragraph 17.

55 United Nations Human Rights Committee. *Derogations during a State of Emergency CCPR/C/21/Rev.1/Add.11*. General Comment No.29 of article 4, 31st August 2001, paragraph 2.

56 Roudier, Karine; Geslin, Albane and Camous, David-André. *L'état d'urgence*. Italy: Éditions Dalloz, 2016, p. 124.

57 Steiner, Henry J.; Alston, Philip and Goodman, Ryan. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Moral*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 389.

Finally, the derogation to international human rights can be justified under international law if the State declares a state of emergency. Unfortunately, the means of controlling the measures taken by the State are not really efficient and usually are not fast enough to prevent human rights' violations. Therefore, some abuse of rights could arise from the declaration of the state of emergency in total impunity under international law.

5. Conclusion

To conclude, even when fighting against terrorism, some exceptional measures must be taken because the ones provided by the 1955 law are not appropriate. In fact, from the beginning of the state of emergency until May 2016, 3579 administrative searches have been ordered, but most of them did not lead to the opening of an antiterrorist procedure. However, they seem to be useful to gather more information and to remove any doubts of terrorist activities[58]. According to the Minister of the Interior, these measures also allow the authority to uninstall the network around terrorist actions[59]. Furthermore, according to the Resolution 1373, from the UN Security Council, of 2001, States should change their legislation in order to fight terrorism by criminalizing terrorist actions and prohibiting every act supporting terrorists, as for example the supply of weapons[60]. Therefore these searches are in line with the Security Council's resolution.

Although France followed this UN Resolution, the conditions required to declare the state of emergency are not precise. Actually, in the public declaration about the law on the state of emergency and the law on the electronic international communications, made by some experts of the UN, in Geneva, on January 19th 2016, this lack of precision is questioned[61]. More precisely, this declaration is about the definition of "serious grounds" and what constitutes a threat to the security and the public order in the law of 1955 about house arrests and searches. The experts regret the lack of accuracy and of definition of these terms "allowing to put under house arrest a lot of people, beyond an application strictly related to the fight against terrorism"[62]. It also called the French government to not extend the state of emergency after February 2016, but, obviously, France did not follow this opinion, as the Parliament extended it in February 2016.

Despite the fact it is the Parliament that votes for the extension of the state of emergency, the Government has a strong influence. Every time, it was a *projet de loi* and not a *proposition de loi* of which the Parliament is the initiating body. As the Government's political party has the majority in the Parliament, it was easy to adopt these extensions, even for the fifth time. More

58 Roudier, Karine; Geslin, Albane and Camous, David-André. *L'état d'urgence*. Italy: Éditions Dalloz, 2016, pp. 83-84.

59Senate, Mercier Michel. Report n°368 (2015-2016). Preliminary document. http://www.senat.fr/rap/l15-368/l15-368.html (access: 17/02/2017).

60 United Nations Security Council. *Resolution No. 1373*. Adopted by the Security Council at its 4385th meeting, 28 December 2001, section 2 (e).

61 United Nations Human Rights Council. Report of the Special Procedure, Public declaration about the law on the state of emergency and the law on the surveillance of international electronic communications. http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16961&LangID=F

62 Free translation. *Id.*, paragraph 4.

precisely, the first extension was adopted with 551 votes in favor, six against and one abstention in the National Assembly, and 336 in favor and twelve abstentions for the Senate. Another reason why the Parliament voted so easily for the extensions is probably the article 4-1 of the law of 1955. It lays down that every action taken by the Government should immediately be reported to the Parliament, whose functioning is not affected by the declaration of the state of emergency. The Parliament can act as a counter-power to the executive body and therefore control the power grant to the Government during state of emergency.

Furthermore, the *Défenseur des Droits* (Defender of Rights) is also a counter-power to the executive's actions under the state of emergency. In fact, this constitutional body created in 2011, is in charge of controlling the respect of the rights and freedoms by the State's administrations or every public institution. Every individual who has an interest can refer a case to the *Défenseur des Droits*. From the adoption of the law of November 2015, this body collected all the cases due to the declaration of the state of emergency. On February 23rd 2016, seventy-three cases had been reported. Fifty-three of them were about house arrest and search without judicial consequences. The others were indirectly linked to the state of emergency. They were about, for instance, an unfair dismissal, because the employee had a beard and the prohibition to access to public places for women wearing a veil[63].

Moreover, contrary to the state of siege[64] or of extraordinary power of the President[65], the state of emergency is a civil regime of extraordinary circumstances, not a constitutional one. This means that no constitutional basis is protecting the application of the state of emergency, but a law regulates it. Thus, a control of constitutionality can be asked *a priori* according to articles 61 (2), which words "[…] laws can be bring before the Constitutional Council, before their enactment, by the President of the Republic, the Prime Minister, the President of the National Assembly, the one of the Senate or sixty deputies or senators"[66]. Or it can be ask to the Council *a posteriori* (after the law is enacted) according to article 61-1 of the Constitution. As mentioned before, some measures adopted in accordance with the law of 1955 have been challenged. Unfortunately when the law was voted by the Parliament in 2015 no *a priori* control has been asked[67] because the *Conseil d'État* already ruled about the constitutionality of the law from 1955[68]. In a decision of 2005, it approved the constitutionality of the text, as well as the Constitutional Council did in its decision concerning the declaration of the emergency state in New Caledonia[69]. It ruled that the new Constitution of 1958 did not abrogate the law on the state of emergency from 1955.

63 Roudier Karine, Geslin Albane and Camous David-André. *L'état d'urgence*. Italy: Éditions Dalloz, 2016, p. 138.
64 Constitution of the Republic of France. Article 36. October 4th 1958.
65 Constitution of the Republic of France. Article 16. October 4th 1958.
66 Free translation. Constitution of the Republic of France. Article 61 (2). October 4th 1958.
67 Boucopza, Isabelle and Girard, Charlotte. "« Constitutionnaliser » l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ?". *La revue des droits de l'Homme* 1784 (2016), p. 5, paragraph 14. https://revdh.revues.org/1784 (access:15/02/2017).
68 Conseil d'État. *Decision No. 287217*, 21 November 2005, paragraph 6.
69 Constitutional Council of France. *Decision Number 85-187*, 25 January 1985, paragraph 4.

Nonetheless, the Government, in line with its project of modernization of the state of emergency, initiated by the amendment of the 1955 law by the one of 2015, wants to make the emergency state part of the Constitution in a new article 36-1[70]. Indeed, President François Hollande, himself, said he wanted this regime in the Constitution. The main reason for this interest is to avoid any preventive annulment of a law declaring the state of emergency on the grounds of its unconstitutionality.

Another reason for this project is to avoid the control of the judiciary judges who are in charge of defending the fundamental liberties and who are likely to annul some measures taken in accordance with the law of 1955. As amend the Constitution is really hard and as the law of 1955 already has been declared constitutional, this "constitutionalization" of the state of emergency is unlikely to happen. In addition, this would only solve the problem related to the hierarchy of norms, not the one related to the limitation of the fundamental freedoms. One of the most important features of the Constitution is to protect the individual liberties, however, if the state of emergency is constitutionalized there would be a conflict between the content of the Constitution and its objectives. For this reason, it is not a valid solution.

Therefore, even if some counter-powers and means of control are in place, it is not enough to ensure that no fundamental freedom will be violated, or at least, that the derogation is proportionate. The state of emergency is a dangerous extraordinary situation, which can easily lead to abuses. Consequently, it is not desirable that a government can legally declare a state of emergency for more than one year and a half. Unfortunately, this is what is happening now in France.

In addition, this situation of reduction of fundamental freedoms under the state of emergency is not satisfying at all. Indeed, it has been created in order to help the government to face a threatening situation for the nation. Nowadays, this situation is a terrorist threat. The Government is willing to take every action to fight against this, because terrorism is acting against the values of western nations. These values are, precisely, the fundamental freedoms and their reduction or abolition is what France and every western society are trying to fight against. Thus, reductions of fundamental freedoms resulting from this fight are not acceptable. Despite the fact that the state of emergency can be considered as a solution to restore the public order and security right after a terrorist attack, for instance, it cannot be a lasting solution. Consequently, the regime instituted by the law of 1955 is not a solution to fight against terrorism. Neighboring countries from Western Europe understood this argument better than France, as none of them having suffered terrorist attacks (Belgium, Germany, the United Kingdom for example) have declared a state of emergency.

Nevertheless, it is desirable that in a few months, one of the international institutions mentioned above in the article, will declare this last extension as not proportionate. Thus it will not be

70 Conseil d'État. *Advisory opinion on the constitutional bill for the protection of the Nation*. General Assembly of 11 December 2015, paragraph 2.

acceptable anymore under international law and France would have to declare the end of the state of emergency. Another solution would be that the Government finds an alternative and suitable remedy to fight against terrorism.

El criterio de proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones: una visión del discernimiento del Tribunal Arbitral en el caso Occidental

David Molina Coello
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: bmolina@estud.usfq.edu.ec

Nicole Espinosa Proaño
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: nespinosap@estud.usfq.edu.ec

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen

La proporcionalidad es un criterio que puede encontrarse tanto en la legislación interna de los Estados como en el Derecho Internacional Público, al igual que en su rama de inversiones. Este criterio presupone la ejecución de la medida menos gravosa por parte del Estado frente a un acto imputable al inversionista, la cual debe aplicarse de manera progresiva respecto de otras posibles medidas ajustables al acto que faculta su implementación[1]. El problema planteado frente al caso Occidental parte de la caducidad del contrato de participación petrolera por la delegación de participación que realizó dicha compañía a un tercero. Al aplicar el concepto de proporcionalidad, el tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI)[2] condenó al Estado ecuatoriano pues consideró que la medida de caducidad, pese a estar contemplada en su legislación, no era proporcional. Ante esto, cabe cuestionarse si en este caso existe una contradicción del principio de proporcionalidad con el de legalidad. El problema tiene su respuesta en el Derecho Internacional Público, sobre la base de la postura que determina que la proporcionalidad no quebranta la facultad estatal de ejecutar las medidas estipuladas en su legislación, es decir, no transgrede el principio de legalidad.

Palabras clave

Inversión, inversionista, proporcionalidad, estándares de protección, criterio, medida menos gravosa, legalidad, Derecho Internacional de las inversiones, Tratados bilaterales para la protección de inversiones, Ecuador, CIADI.

Proportionality as a Criterion of International Law of Investment: An Overview of the

1 *Infra § 4*.
2 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Resolución. Laudo del 5 de octubre de 2012. CIADI No. ARB/06/11. Párr. 484 y ss.

Tribunal's Decision on the Occidental Case

Abstract

The proportionality principle is a criterion that can be found within the internal legislation of the States as well as in Public International Law, and particularly in its Investment branch. This principle forces the State to apply the least harmful measure in regard to an act attributable to the investor. Whatever measure the State applies, it has to be implemented progressively taking in account other possible measures that the State is legitimized to execute for that specific case. The issue pertaining the Occidental case deals with the unilateral termination of the participation petroleum contract due to the unauthorized cessation of rights in behalf of a third party.

The tribunal of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) evaluated the presence of the proportionality principle within the sanction that the Ecuadorian State applied to Occidental. In this sense, the tribunal condemned the sanction taken by the Ecuadorian State because they claimed that the measure was not proportional; this claim was done in spite of the Ecuadorian´s legislation since it contemplates this type of sanction for unauthorized cessation of rights to a third party.

With that being said, it is imperative to question oneself about a possible contradiction among the proportionality principle and the legality principle in reference to this particular case. The issue can be solved by applying Public International Law, under the premise that affirms that the proportionality principle does not infringe the faculty a State has to execute the various measures contemplated within its legislation, therefore, it does not transgress the legality principle.

Keywords

Standards of investment, investment, investor, criterion, proportionality principle, Rule of Law, legality principle, least harmful measure, International Investment Law, Bilateral Investment Treaties, Ecuador, ICSID.

1. Introducción

El 5 de octubre de 2012, se dictó el laudo en arbitraje internacional entre Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador[3]. El análisis del criterio de proporcionalidad utilizado por el Tribunal frente a la declaración de caducidad del contrato de participación petrolera es la razón del presente artículo. La interpretación para la aplicación del criterio genera una disyuntiva determinante: el criterio de proporcionalidad con relación al principio de legalidad.

El principio de legalidad se entiende como el margen que tiene la Administración Pública para la

3 *Ibídem*.

aplicación directa de la norma prescriptiva, por subsunción normativa, a hechos determinados[4]. Es decir, es la consecuencia que la ley prevé para un actuar específico y que debe ser ejecutada por el Estado. Sobre la base de dicho concepto, dentro del caso en cuestión, si bien la sanción legal prevista frente al actuar de Occidental es la caducidad[5], esta no era la única alternativa que tenía el Estado. Al contrario, aquél debió adoptar la medida que le cause menos daño a la inversión, en aplicación al principio de proporcionalidad. El margen de referencia determina que la desproporcionalidad entre sanciones se da cuando la medida tomada es extremadamente gravosa frente a otras opciones genéricas del actuar estatal[6].

Dentro del Derecho Internacional Público, la legislación interna de los Estados puede apreciarse como fundamento fáctico[7]. De tal manera, es lógico entender que para el Tribunal de *Occidental v. Ecuador* el criterio de proporcionalidad debía ser analizado como un hecho dentro del caso. El acercamiento realizado en el laudo a dicho criterio es como un principio recogido por la legislación ecuatoriana.

Existe una dualidad de posturas frente al criterio de proporcionalidad: por un lado, como un hecho perteneciente al Derecho Internacional Público; y por otro, como uno de sus principios en sí mismo. Esta distinción es importante, puesto que si se toma a la proporcionalidad como un principio en el Derecho Internacional Público, el no aplicarlo implicaría que un Estado viole su propia legislación ya que las obligaciones internacionales que contrae se vuelven parte de su régimen legal. Así, desde la visión del Derecho Internacional la proporcionalidad va de la mano con el principio de legalidad.

Finalmente, la proporcionalidad como un principio en el Derecho Internacional de las Inversiones tiene un margen de acción dentro de los estándares de protección a las inversiones[8]. Como se demostrará, aquél debe considerarse dentro de los laudos arbitrales de inversiones ya que no constituye una violación al principio de legalidad sobre el que se basa la actuación de los Estados, al contrario, se presenta como un complemento del mismo. Por tanto, es necesario analizar, en primer lugar, la definición de la proporcionalidad; en segundo lugar, la cabida de dicho concepto dentro del Derecho Internacional Público y, consecuentemente, en su rama de

4 La cita se refiere al principio de legalidad entendido como la producción y aplicación normativa que el Derecho le da a la Administración Pública. Este puede entenderse como la base del principio de proporcionalidad. El problema planteado se da cuando la subsunción de los hechos a la norma es perfecta, tal como se verá posteriormente en el caso Occidental y el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos. *Vid*. López González, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*. Sevilla, España: Editorial Universidad de Sevilla, 2016, p. 12.

5 Ley de Hidrocarburos. Artículo 74. Registro Oficial No. 711 del 15 de noviembre de 1978.

6 En el caso Occidental, la caducidad del contrato se encuentra en el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos como consecuencia específica del actuar de dicha compañía, sin embargo, el tribunal considera que la subsunción es desproporcionada por existir otras medidas que pudieron ser igual de efectivas y no gravosas en el nivel que la terminación unilateral.

7 El artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no prevé a la legislación interna de los Estados como fuente del Derecho Internacional, de modo que, a efectos del análisis realizado por cortes y tribunales internacionales para sus decisiones, esta debe entenderse como un hecho en el Derecho Internacional.

8 Schill, Stephan. "Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law". *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York; Universidad de Nueva York, 2006, pp. 41 y ss. El autor toma la necesidad de razonabilidad y proporcionalidad de la medida como un principio en el Derecho Internacional de las Inversiones.

inversiones; y, finalmente, su aplicación dentro del Caso Occidental, al igual que el análisis del principio de legalidad con relación al de proporcionalidad en los hechos suscitados en dicha controversia.

2. Definición de proporcionalidad

La palabra proporcionalidad, que viene del latinismo *proportionalis*, corresponde a la noción de la "conformidad de una parte con el todo o de cosas relacionadas entre sí"[9]. El basamento de la definición arroja dos posibles interpretaciones de lo que significa proporcionalidad. Por un lado, "la conformidad de una parte con el todo" es equivalente a la subsunción de los preceptos de una norma con hechos determinados, en cuyo caso la norma es el "todo" y los hechos son la "parte". Dicha afirmación se evidencia en el aforismo "a mismo hecho, mismo derecho o sanción"[10], y responde al principio de legalidad como aplicación estricta del ordenamiento jurídico. Por otro lado, la "conformidad de […] cosas relacionadas entre sí"[11] se entiende como la posibilidad de elección de una sanción frente a cierto acto imputable a una persona, y su margen de acción admite distintas opciones de cara a un hecho determinado. La redacción de la definición entiende que estas dos posturas son excluyentes: la primera admite justamente la subsunción normativa frente a un acto imputable a una persona; mientras que la segunda presupone un espectro mucho más amplio.

Así, para la determinación del criterio de proporcionalidad, en el presente análisis se utilizará la segunda interpretación de la noción dada por la raíz latina de la palabra, puesto que corresponde al criterio abrazado por el tribunal arbitral en Occidental[12]. A su vez, es la acepción utilizada dentro de ciertos regímenes en Derecho Internacional Público; por ejemplo, el régimen auto-contenido de comercio internacional[13]. Las dos connotaciones de la palabra proporcionalidad se volverán a encontrar en este texto, en el punto referente a la relación que tiene el principio de legalidad con el criterio de proporcionalidad, y cuyo fundamento está por desarrollarse[14].

A efectos de este artículo, lo proporcional debe entenderse partiendo de la acepción usada por Occidental. El margen de aplicación de una sanción por la que se opta sobre otras posibles, frente a un hecho específico[15]. En la materia que nos compete, este marco de aplicación presupone la posibilidad del Estado de ejercer distintas sanciones frente a un acto realizado por

9 Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*. "Proporcionalidad". http://dle.rae.es/?id=UOVZutf
10 López González, José Ignacio. Ó*p. cit*., p. 16.
11 "Proporcionalidad". Ó*p. cit*., http://dle.rae.es/?id=UOVZutf
12 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Óp. *cit*., párr. 484 y ss.
13 Un régimen es auto-contenido cuando sus disposiciones se aplican irrestrictamente, sin consideración a cualquier otra regulación que exista respecto de la misma conducta que entra en el presupuesto de la norma. En el Derecho Internacional de Comercio, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) es un ejemplo de dicho régimen. La siguiente cita se toma en cuenta solo para la recopilación y concreción de lo que significa un régimen auto-contenido para el autor: Fortin, Carlos. *Régimen Jurídico del Comercio Internacional y Derechos Humanos: una Compleja Relación*. Chile: Anuario de Derechos Humanos, 2008, p. 238.
14 La información que sustenta la afirmación presentada se encuentra en *Infra § 4*.
15 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Óp *cit*., párr. 400.

una persona. Para que este elija la sanción a ejecutarse, se debe preferir la medida menos gravosa para el implicado[16].

El criterio de proporcionalidad reza que la medida tomada, de las posibles frente al hecho, sea disuasiva[17]; es decir, que obtenga la finalidad deseada con su implementación. De manera ejemplificativa, el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Corea del Sur expone a la disuasión como un adjetivo autónomo a la proporcionalidad. Este dice: "Cada Estado parte debe implementar en su legislación sanciones que incluyen multas dinerarias que sean efectivas, disuasivas y proporcionales"[18]. Mediante la unión de las nociones de proporcionalidad y disuasión, se consigue un concepto concreto y completo del criterio de proporcionalidad. Este es: la posibilidad de subsunción circunstancial de distintas sanciones frente a hechos determinados, en la que se debe preferir la medida menos gravosa para el implicado y que, a su vez, sea disuasiva y efectiva para restablecer el orden quebrantado en el ordenamiento jurídico[19]. Una vez determinado, el concepto de proporcionalidad debe desarrollarse bajo el prisma del Derecho Internacional Público.

3. La proporcionalidad dentro del Derecho Internacional Público

Dentro del Derecho Internacional Público, la proporcionalidad puede encontrarse tanto como un hecho que el operador de justicia verifica para resolver la controversia, cuanto como un principio sobre el que se basan las obligaciones internacionales de los Estados. Cuando la legislación de un Estado ha definido los alcances de la proporcionalidad, existen casos en que los Tribunales Arbitrales han analizado al criterio de proporcionalidad como un hecho dentro del Derecho Internacional Público, toda vez que lo consideran como parte de la legislación del Estado en cuestión[20]. Por ejemplo, en el caso Occidental el acercamiento a la proporcionalidad se hace mediante la legislación nacional de la República del Ecuador[21]. Sin embargo, no se exceptúa la posibilidad de la aplicación de dicho criterio como principio del Derecho Internacional Público[22]. Ambas perspectivas deben desarrollarse para evitar posibles confusiones que limiten la aplicación de la proporcionalidad en sus distintos ámbitos jurisdiccionales.

La proporcionalidad ha sido establecida como principio del Derecho Internacional[23]. El "proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por el cometimiento

16 Kläger, Roland. *'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2011, p. 237.

17 Quiroga, Edesio. "El artículo 42 de la Ley de Concesiones: Justicia y Proporcionalidad de la Sanción". *Revista Chilena de Derecho* (2008), pp. 193-205.

18 Traducción libre. Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Corea (2011). Artículo 10.59.

19 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Resolución. Laudo del 5 de octubre de 2012. CIADI No. ARB/06/11. párr. 401. Referente al contrainterrogatorio del Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade en el caso.

20 *Id*. p. 8.

21 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. *Óp. cit*., párr. 409.

22 Schill, Stephan. "Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law". *Óp. cit*., pp. 41 y ss.

23 Delbrück. "Proportionality". *Encyclopedia of Public International Law Vol. III/V*. R. Bernhardt (ed). Países Bajos: North-Holland, 1997, p. 1144.

de actos internacionalmente ilícitos" de la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas[24] recoge a la proporcionalidad como principio del Derecho Internacional en su artículo 51. Este se refiere a dicho principio frente al cometimiento de un ilícito internacional por parte de un Estado y la implementación de contramedidas en consecuencia[25]. Sin embargo, el principio de proporcionalidad recogido en el artículo mencionado se refiere al significado del criterio como: *a igual hecho, igual sanción*; es decir, se acerca a la acepción referente al principio de legalidad. Sirve para determinar la existencia de la proporcionalidad como criterio diametral en el Derecho Internacional Público. No obstante, no se homologa a la definición requerida en materia de inversiones.

Por otro lado, en el Derecho Internacional del Comercio, las estipulaciones de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC) permiten un acercamiento directo y estructurado para constituir el concepto de proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones. Aquello se da sobre la base de que en ambas ramas del Derecho Internacional Público están envueltas relaciones económicas. El Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio (en adelante, GATT) es prueba de que todos los Estados parte de la OMC aceptan e incorporan la proporcionalidad. Esta debe ser entendida como las medidas estrictamente necesarias para recuperar el balance de la operación económica[26]. Sobre la base de aquello, los tribunales de inversiones podrían tomar como pertinente el concepto dado en el sistema de la OMC dadas las similitudes de las conductas que regulan ambas ramas del Derecho Internacional Público, tomando en cuenta que es solo referencial, ya que el GATT es un régimen auto-contenido[27].

La posibilidad del uso oportuno del criterio de proporcionalidad del Derecho Internacional del Comercio, dentro del Derecho Internacional de las Inversiones[28], es una herramienta para la completa efectividad de los estándares de protección a los inversionistas que consten en los tratados de inversión pertinentes[29]. Esto, salvo los casos en que la proporcionalidad está contenida en el tratado que se invoca, ya que al ser fuente de la jurisdicción del tribunal, aquél debe atenerse a sus estipulaciones.

El concepto de proporcionalidad en acuerdos comerciales se encamina al medio menos lesivo y más efectivo, en un campo en el que existen algunas actuaciones posibles por las que puede optar un Estado[30], como consecuencia de un acto imputable a otro Estado o, dentro del

24 Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, del 12 de diciembre de 2001.
25 Artículo 51.- Proporcionalidad: *Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión*.
26 El artículo 12 del GATT 47 determina, en el literal a de su numeral segundo, que las restricciones a las importaciones que tome un Estado para proteger la balanza de pagos deben ser las estrictamente necesarias; es decir, la medida menos gravosa pero efectiva (criterio de proporcionalidad) (énfasis añadido).
27 Es decir, su aplicación está aislada y es irrestricta a la regulación de otros instrumentos internacionales. Ó*p. cit*., 13.
28 Sacerdoti, Giorgio *et al*. *General Interests of Host States in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 22.
29 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Sempra Energy International v. República de Argentina*. Resolución. Laudo del 28 de septiembre de 2017. CIADI No. ARB/02/16. párr. 299.
30 *Ibídem*.

mercado, a un operador económico[31]. La materia de inversiones está muy ligada a las actividades derivadas de un acuerdo comercial entre países. Por lo general, los operadores económicos son inversionistas. Así lo demuestran los tratados de comercio internacional, al igual que los tratados bilaterales y multilaterales de inversión, así como aquellos que contienen disposiciones para las inversiones. Aquellos instrumentos legales han determinado en sus estipulaciones el criterio y la aplicación de la proporcionalidad.

Como ejemplo, el artículo 114.1 del Acuerdo en el Área Económica Europea (EC-EFTA), tratado comercial con capítulo referente a inversiones, determina el criterio de proporcionalidad al referirse a la reacción de los Estados parte frente a otro Estado, también parte, que instaura salvaguardias. El artículo reza que los Estados parte deben tomar “las medidas proporcionales necesarias para remediar el desequilibrio”[32] de la balanza comercial.

Asimismo, en otros tratados se ha aplicado la proporcionalidad en distintos casos: en primer lugar, mediante el uso de medidas regulatorias menos gravosas pero, a su vez, efectivas[33]; en segundo lugar, como un principio explícito dentro de la regulación sobre la adquisición de un derecho real[34]; y, en tercer lugar, como regulación a las restricciones, controles y requerimientos entre Estados[35]. Todas estas formulaciones, dentro de los distintos tratados, son posibles acercamientos de referencia del Derecho Internacional del Comercio al Derecho Internacional de las Inversiones.

El Acuerdo Provisional de la Unión Europea con la SADC, en el tercer numeral del artículo 79, da el ejemplo más claro de proporcionalidad aplicada en el Derecho Internacional de las Inversiones. *Mutantis mutandi*[36] y extrapolando la posición del Estado al que se le aplica la medida en materia comercial con el inversionista extranjero, y de manera referencial, el accionar del Estado agraviado debe ser el siguiente:

> Para la adopción de dichas medidas, […] el Estado parte del SADC EPA, debe procurar seleccionar medidas proporcionales a la violación, que a su vez sean las menos gravosas a la conservación de los objetivos de este Acuerdo y debe tomar en consideración su impacto en la economía del Estado parte al que se imputa el reclamo y en los demás Estados parte del Acuerdo[37].

Por todo lo anterior, entender el criterio de proporcionalidad como un mero hecho en Derecho Internacional Público es una visión limitada. La aplicación de dicho criterio como hecho no implica la exclusión de su calidad como principio del Derecho Internacional Público, que se encuentra de manera transversal en todo el sistema jurídico internacional mediante sus dos acepciones, dependiendo la materia que se regule. Por lo tanto, se encuentra en el Derecho Internacional de las Inversiones como la utilización de la medida menos gravosa frente a un

31 Se toma la cita exclusivamente para el concepto de operador económico. Rose, Vivien, y Bailey, David (eds). *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press, 2013, párr. 2003.
32 Traducción libre. Acuerdo en el Área Económica Europea (EC-EFTA) (1994). Artículo 114.1.
33 Chile- EC Association Agreement (2003). Artículo 79.
34 Albania- EC Association Agreement (2006). Interpretación adjunta al artículo 61 del Acuerdo.
35 Economic Partnership Agreement between Côte d’Ivoire and European Community (2008). Artículo 29 (2).
36 La traducción del aforismo es: “Cambiando lo que se deba cambiar”.
37 Traducción libre. Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados del AAE de la SADC, por otra (2014). Artículo 79.

actuar determinado del inversionista[38]. Una vez corroborada la procedencia del criterio de proporcionalidad, tanto en el Derecho Internacional Público como en su rama de inversiones, es importante determinar los elementos para su aplicación frente al actuar de un inversionista.

La relevancia de las acotaciones realizadas en este punto, mediante la exposición de los contenidos de distintas normas dentro del Derecho Internacional, se resume a la determinación de la existencia del criterio de proporcionalidad mediante los dos conceptos expuestos.

También, habiéndose determinado posteriormente cuál de aquellos se encuentra dentro del Derecho Internacional de las Inversiones, ahora se deben desarrollar los elementos de la aplicación del criterio de proporcionalidad en dicha rama del Derecho Internacional Público. De tal manera, se logrará aterrizar el criterio dentro del Caso Occidental en el siguiente punto del artículo.

4. El concepto de proporcionalidad dentro del Derecho Internacional de las Inversiones para el Tribunal de Occidental

Sobre la base del concepto de proporcionalidad, es importante determinar sus elementos y parámetros de aplicación; así como el estándar que debe verificarse para que una medida tomada bajo dicha rama del derecho sea proporcional.

4.1. Elementos esenciales para la aplicación de la proporcionalidad dentro del Derecho Internacional de las Inversiones

El criterio de proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones, dentro del laudo Occidental, se basa en cuatro elementos esenciales para su aplicación:

> 1. Debe existir una relación contractual entre un inversionista extranjero, cobijado por un Tratado de Inversión, y el Estado receptor de la inversión, en el ejercicio de su *ius imperii*. Dentro de dicha relación debe haber un acto imputable al inversionista[39].
> 2. La actuación del Estado debe estar en un margen de discrecionalidad reglamentada en la legalidad, que significa la posibilidad de múltiples opciones previstas en la legislación del Estado receptor para actuar frente a un suceso determinado, incluso aquellas genéricas a todas sus relaciones contractuales[40].

38 Kläger, Roland. *Óp. cit*., p. 237.

39 "El Tribunal ha determinado que […] OPC (Occidental) efectivamente transfirió derechos contemplados en el contrato de participación". Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. *Óp. cit*., párr. 384. La imputabilidad está dada por la legislación y regulación interna de cada Estado. En el Caso Occidental, es el artículo 74.6 de la Ley de Hidrocarburos. Kingsbury, Benedict. *The Concept of "Law" in Global Administrative Law*. Nueva York: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2009, p. 41.

40 El Tribunal en el caso Occidental citó el Decreto No. 3179 de fecha 19 de octubre de 2002; este, a su tenor literal, dice: "Art. 2.- DE LOS ACTOS DISCRECIONALES. La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas […]". Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. *Óp. cit*., párr. 400.

3. Debe existir una ponderación entre las consecuencias gravosas de cada opción de actuación del Estado receptor. Lo que implica que el acto debe motivarse siempre en búsqueda de la medida más efectiva y menos gravosa[41].

4. Finalmente, corresponde al Estado elegir la medida menos gravosa, dentro de aquellas aplicables a la conducta del inversionista, mediante la ponderación y comparación entre estas. Asimismo, esta elección implica ejecutar de manera progresiva cada sanción prevista en su legislación; empezando por la medida menos gravosa y finalizando por la medida más gravosa, siendo esta generalmente investida de una facultad Estatal exorbitante, de última ratio[42].

4.2. Parámetros para la aplicación de la proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones

Por otro lado, se debe concretar la medida y forma de aplicación de la proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones. Estos presupuestos son sugerencias, y no constituyen un estándar en las inversiones internacionales; sin embargo, responden a la lógica de la adquisición de responsabilidad internacional por parte de los Estados. Su aplicación dependerá:

a) De los Tratados referentes a inversiones, puesto que estos deben prever los estándares de protección a la inversión extranjera[43]. Para que pueda entenderse a la proporcionalidad tácitamente incorporada dentro del estándar. Pero la interpretación de proporcionalidad deberá realizarse con base en la acepción acogida para esta rama del Derecho Internacional, expuesta en el presente escrito.

b) De los tratados que definan a la proporcionalidad, que, al volver explícita su definición o alcance, deben limitarse a lo que han convenido los Estados parte. De esta manera, se genera un margen de acción específico para la proporcionalidad[44].

c) Subsidiariamente, si el criterio se encuentra recogido en la legislación del Estado parte de la controversia de inversiones, el tribunal lo puede utilizar como un hecho para la toma de su decisión[45].

41 Dentro de Occidental, el tribunal dice: "El tribunal en el caso *Azurix* […] hizo hicapié en la necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. Cabe señalar que este es el mismo principio consagrado en el Artículo 11 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública ecuatoriano". Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Ó*p. cit*., párr. 409. Véase también: Kläger, Roland. Ó*p. cit*., pág 237.

42 El Tribunal en Occidental dice: "Es aceptable que algún castigo u otra medida puede haber sido justificado o, cuando menos, defendible. Las opciones con las que contaba la Demandada ya fueron analizadas precedentemente. El Tribunal no está necesariamente en desacuerdo con el argumento de la Demandada en cuanto a haber deseado, justificadamente, reafirmar la importancia de que se respetara su régimen regulatorio. Sin embargo, el principio primordial de la proporcionalidad exige que ese objetivo administrativo esté en equilibrio con los propios intereses de las Demandantes y con la verdadera naturaleza y el verdadero efecto de la conducta que se reprime. El Tribunal concluye que el precio que debieron pagar las Demandantes —la pérdida total de una inversión que vale varios cientos de millones de dólares— fue desproporcionado respecto del hecho ilícito que se le imputa a OEPC y, de igual manera, fue desproporcionado respecto de la importancia y la efectividad del 'mensaje de disuasión' que la Demandada puede haber deseado transmitir a toda la comunidad del petróleo y del gas". Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Ó*p. cit*., párr. 450.Sobre la excepcionalidad de la fulminación del contrato, véase: Muthucumaraswamy, Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010, p. 398.

43 Economic Partnership Agreement between Côte d'Ivoire and European Community (2008).

44 Un claro ejemplo de tratado que recoge el concepto de proporcionalidad es el EU- Korea Framework Agreement. Ó*p. cit*., artículos 45 y 46.

45 El tema fue tratado en *Supra § 3*.

4.3. Estándar para que una medida sea proporcional bajo el Derecho Internacional de las Inversiones

Finalmente, los elementos que deben verificarse para que las medidas que tome el Estado receptor puedan considerarse proporcionales se ven evidenciados en la siguiente afirmación:

> Primero, se requiere que la medida adoptada sea conveniente o apropiada para alcanzar los fines que persigue ('conveniencia'). Y segundo, la medida debe ser necesaria para logar su objetivo ('necesidad'); la necesidad en este sentido presupone que en medio de una variedad concebible de medidas igual de efectivas y convenientes, la que se adopta debe ser la alternativa menos restrictiva o gravosa[46].

La medida tomada por el Estado es apropiada para su ejecución cuando recoge los elementos planteados, por lo que debe ser "proporcional frente a la no implementación de las obligaciones"[47] del inversionista. Por consiguiente, la proporcionalidad se pone de manifiesto cuando cumple los elementos requeridos. Así, el criterio de proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones es la posibilidad de aplicación de distintas sanciones o medidas frente a un hecho determinado, imputable a un inversionista internacional que se efectúa en el Estado receptor de su inversión. El actuar Estatal debe preferir la medida que sea más apropiada, y necesaria (menos gravosa para el inversionista), de manera progresiva. La medida, a su vez, debe evitar que la conducta vuelva a realizarse y debe ser efectiva para restablecer el orden quebrantado en el ordenamiento jurídico[48].

Consecuentemente, una vez determinado el criterio de proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones, este aplica en sus estándares de protección, de manera específica en los casos en que se alega que la actuación del Estado receptor es más gravosa, respecto de un conjunto de actos que se pudieron ejecutar frente al mismo escenario. Una vez determinado el concepto de proporcionalidad para introducir y comparar sus elementos en el Derecho Internacional Público, y consecuentemente en su rama de Inversiones, se debe proceder a implantar el criterio de proporcionalidad dentro del Caso Occidental.

5. El Caso Occidental

Occidental Exploration and Production Company es una empresa multinacional cuya operación consiste en la búsqueda y explotación de petróleo, y su sede se encuentra en el Estado de Delaware, Estados Unidos. Inició sus actividades como inversionista extranjero en Ecuador el 25 de enero de 1985. Se dedicó a la exploración y explotación de petróleo dentro del Bloque 15. A su vez, la relación del Ecuador con el inversionista privado inició con la suscripción de un contrato de prestación de servicios. Dicho contrato tuvo plena vigencia hasta la suscripción del contrato de participación petrolera, entre las mismas partes, a través de Petroecuador, el 21 de mayo de 1999.

---

46 Kläger, Roland. *Óp. cit*., p. 237.
47 Traducción libre. EU- Korea Framework Agreement (2011). Joint Interpretative Declaration Concerning Artículos 45 y 46.
48 Cita utilizada como motivo del caso Occidental, que aun siendo legislación de un Estado específico, permite la determinación del criterio al que se someterá posteriormente el análisis del Tribunal. *Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública*. Decreto No. 3179. Registro Oficial 693 del 19 de octubre de 2002. Artículo 11.

Los contratos de participación petrolera presuponen un margen de ganancias para el inversor. Dicha ganancia es directamente proporcional a la eficiencia en la masa de producción de su operación[49]. La contratación con participación permite al inversionista una suerte de retribución que va mucho más allá de la prestación de un servicio. La operación económica inmersa en la contratación permite al inversionista apropiarse de la inversión y buscar generar el mejor escenario de ganancias posible, tanto para sí mismo como para el Estado que le concede el contrato.

La operación de Occidental dentro del Bloque 15 se desarrolló, aunque con percances[50], de manera ininterrumpida hasta la declaratoria de caducidad del contrato de participación petrolera por parte del entonces Ministerio de Energía, Minas y Petróleos. El 15 de mayo de 2006, la entidad mencionada decretó formalmente la terminación del contrato con Occidental. El motivo consistió en la celebración de un *farmout agreement*[51] con Alberta Energy Company, empresa de origen canadiense. Este acto se dio sobre el sustento del artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos.

Dentro del *farmout agreement*, entendido como transferencia de derechos contractuales bajo legislación ecuatoriana, Occidental transfirió el 40% de sus derechos en el Bloque 15. Dicho traspaso incluyó los convenios operacionales de explotación unificada de los campos agrupados Enden Yuturi y Limoncocha, adjudicados a la compañía, a favor de Alberta Energy[52]. Este convenio privado se suscribió el 1 de octubre del año 2000.

Frente a los hechos suscitados, sobre todo la fulminación del contrato de participación petrolera, Occidental presentó la solicitud de arbitraje frente al CIADI. Esta fue recibida el 17 de mayo de 2006. El reclamo se presentó sobre la base del Tratado Bilateral de Protección a las Inversiones de 1993, celebrado entre Estados Unidos y Ecuador.

Dentro del proceso arbitral en sede CIADI, el Tribunal resolvió a favor de Occidental. Su resolución consistió en el incumplimiento del estándar de Trato Justo y Equitativo, por legítimas expectativas; recogido en el Artículo II (1) del Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre Estados Unidos y Ecuador[53]. Según el Tribunal, la declaración de caducidad del contrato de participación petrolera fue un hecho expropiatorio a la inversión.

Para la determinación del hecho dañoso, el Tribunal utilizó como herramienta el análisis de la proporcionalidad como principio recogido en la legislación ecuatoriana. Su sustento principal

49 En la ley ecuatoriana, se faculta al Estado para la celebración de contratos de participación petrolera. Ley de Hidrocarburos. Óp. cit., artículo 74. Barros, Adriana Elvira. "Evaluación de los riesgos fiscales del petróleo en Colombia". En Barros, Adriana Elvira, et al.¿Es atractiva la contratación petrolera para la inversión privada en Colombia? Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 20.

50 Corte Londinense de Arbitraje Internacional Administrado. *Caso Occidental IVA petrolero*. Laudo Final. Caso No. UN 3467.

51 El acuerdo *farmout* consiste en una delegación de riesgo para la efectividad dentro de las operaciones de extracción petrolera. Hemingway, Richard W. "The Farmout Agreement: A Story Short But Not Always Sweet". *Natural Resources & Environment,* Vol. 1, No.2 , Oil and Gas Law. Estados Unidos de América: American Bar Association, 1985, pp. 3-4, 50-52.

52 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. *Óp. cit*., párr. 142.

53 *Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones*. Decreto No. 3143. Registro Oficial (S) No. 153 del 25 de noviembre de 2005. Art. II (1).

es que no se limita la posibilidad del Estado de ejecutar lo previsto en el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos[54]. Todo lo contrario, dicha facultad está condicionada al cumplimiento del criterio de proporcionalidad, y de las obligaciones adquiridas por el Tratado Bilateral de Inversión (en adelante, TBI)[55].

Para que una expropiación sea legítima bajo el artículo III del TBI, esta debe cumplir el estándar internacional que rige dicho acto: la expropiación debe responder a un interés público, ser pronta, adecuada y efectiva[56]. De igual manera, debe ser equitativa, como se determina en el primer inciso de dicho artículo. El Tribunal concluyó que la expropiación fue ilegal en virtud de la falta de proporcionalidad de la medida, por lo que condenó al Estado ecuatoriano a resarcir los daños ocasionados.

5.1. Razonamiento del Tribunal Arbitral en el caso respecto a la aplicación de la proporcionalidad

Las razones por las cuales el Tribunal decidió que la caducidad era desproporcional se sintetizan en tres puntos: primero, la legislación ecuatoriana y el Derecho Internacional de las Inversiones recogen el principio de proporcionalidad en el actuar de la Administración Pública; segundo, el Ministro competente tiene un margen de actuación discrecional que le permite aplicar la proporcionalidad; y tercero, la cesión de derechos no generó ningún perjuicio económico ni material al Estado[57]. Ahora, se debe proceder a desarrollar cada punto.

En cuanto a la proporcionalidad, ambas partes concuerdan que el principio está recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al igual que en el Derecho Internacional de las Inversiones. En vista de que el contrato se regía exclusivamente por leyes ecuatorianas, ninguna de las partes niega la aplicación de este principio al caso concreto. Sin embargo, las partes difieren en el margen de aplicación de dicho principio. Además, el Tribunal argumenta que los actos administrativos no están exentos de la observancia de dicho principio en virtud de la tendencia de la jurisprudencia europea y un ordenamiento creciente de normas arbitrales[58].

Otro punto fundamental que se considera es la proporcionalidad como un límite en el actuar del Estado mediante el uso de su potestad administrativa, con relación al estándar de trato justo y equitativo. Lo anterior se desprende del análisis que hace el Tribunal de distintos laudos arbitrales como: Azurix v. La República de Argentina, y TecMed v. Estados Unidos Mexicanos[59]. Con lo antedicho, el Tribunal concluye que es aplicable la proporcionalidad para evaluar el actuar del Estado, en uso de su potestad administrativa. Por tanto, al ser la caducidad un acto

54 Ley de Hidrocarburos. Óp. cit., artículo 74.

55 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Óp. cit., párr. 384 a 456.

56 *Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones*. Óp. cit., artículo III.

57 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Óp. cit., párr. 396-401, 402-409, 410-423.

58 *Ibídem*. párr. 403-404.

59 *Ibídem*. párr. 408-409.

administrativo, está condicionada al principio de proporcionalidad.

Un argumento clave dentro de las razones que suministra el Tribunal para fundamentar su decisión yace en el margen de discrecionalidad del actuar del Estado. El Tribunal insiste en que la proporcionalidad debe ser un pilar fundamental dentro del margen de actuación estatal. El Estado ecuatoriano alegó que las circunstancias del caso eran distintas puesto que la sanción se encontraba contemplada en el contrato, y este último fue expresamente aceptado por la contraparte[60]. De tal suerte que no pudiera hablarse de una verdadera discrecionalidad, puesto que la demandante había acordado libremente en que se le imponga esta sanción[61]. Sin embargo, el Tribunal desestimó la postura del demandado, estableciendo que la sanción fue aplicada con base en la ley y no al contrato de participación[62]. Las partes del contrato son Occidental y Petroecuador, mientras que quien ejecuta la caducidad es el Ministro de Energías, Minas y Petróleos, una entidad distinta a Petroecuador. Así, si la sanción se hubiese dado dentro de las estipulaciones contractuales, aquella facultad le hubiere pertenecido exclusivamente a la entidad contratante. La caducidad se ejecutó mediante la potestad que la Ley de Hidrocarburos le da al Ministerio del ramo. De esta forma, el Tribunal coincidió con la demandante en que hubo discrecionalidad al momento de aplicar la caducidad. Ello, en virtud de que se usó como medida contemplada en la ley y aquella debe estar en armonía con el principio de proporcionalidad.

En síntesis, la discrecionalidad le permite al Estado optar por la sanción que sea equivalente al daño que se ha producido en virtud de la proporcionalidad[63]. Lo anterior es producto de la discrecionalidad reglamentada y de que el principio de proporcionalidad esté recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Finalmente, el último punto que analiza el Tribunal es la equivalencia entre el daño que se ha producido y la medida que ha implementado el Estado; es decir, la caducidad. La demandante alega que al no haber un daño directo o material, aplicar la caducidad, siendo esta la media más gravosa dentro de la escala de medidas aplicables, es completamente desproporcional[64]. Las medidas a la disposición del Estado en el caso son aquellas que forman parte de su actuar genérico, tales como la aplicación del régimen de multas[65] o la renegociación del contrato[66].

60 *Ibídem*. párr. 414 (ii).
61 *Ibídem*. párr. 414 (i).
62 *Ibídem*. párr. 418.
63 *Ibídem*. párr. 416.
64 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. *Óp. cit*., párr. 416.
65 Dentro de la legislación ecuatoriana, el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos prevé la caducidad como forma de fulminación del contrato petrolero. A su vez, el artículo 77 del mismo cuerpo normativo prevé el régimen de multas para actos que no activen previamente la caducidad. La fórmula de escrituración de ambas normas, siendo la norma del artículo 74 la creación de la potestad de caducar contratos, puesto que el artículo dice en su tenor literal que la Administración Pública “puede” declarar la caducidad, mas no es una norma imperativa al no decir “debe”. Es menester del Ministerio realizar la ponderación del actuar del inversionista conforme al artículo 77, el cual dice que para la implementación de la multa se tomará en cuenta la gravedad del daño y la efectividad de la sanción. Esto, sumado a que el Tribunal de Occidental considera que no existe un daño real dentro del caso más que la vulneración de la norma, y que la caducidad es la medida menos efectiva puesto que elimina la inversión. Dentro del margen de discrecionalidad reglada del Estado, este pudo haber determinado una multa, antes de declarar la caducidad. Ley de Hidrocarburos. *Óp. cit*., artículo 74.
66 Se habla de renegociación puesto que es una posibilidad que prevé el contrato de participación petrolera de Occidental. Esta posibilidad se ve extrapolando en el principio de buena fe, el cual rige diametralmente al ordenamiento jurídico del

El Tribunal concluye que a pesar de que no hubo un daño directo, más que la vulneración al ordenamiento jurídico, la sanción procede como mecanismo disuasivo[67]. Por tanto, la justificación para sancionar un actuar en el que no se ha verificado un daño debe ser la de una sanción que sea la menos gravosa en la escala de sanciones aplicables; de tal forma que la sanción eduque y disuada al infractor, así como al resto de inversionistas en la rama de hidrocarburos[68]. En síntesis, al haberse producido un daño aparente, el Estado ecuatoriano estaba en su derecho de imponer una sanción; empero, esta tenía que ser equivalente al daño sufrido. Imponer una sanción que se corresponde con un daño real, cuando este no se ha verificado, es desproporcional.
Una vez planteada la posición del Tribunal Arbitral en el caso Occidental, es momento de estructurar el margen de aplicación del principio de proporcionalidad respecto de la legalidad dentro del Laudo. El actuar del Estado ecuatoriano fue el que previó su legislación específicamente por el acto de Occidental, sin embargo, al ser desproporcional se vuelve ilegítimo. De tal manera, siendo la sanción legal, pero desproporcionada y por lo tanto ilegítima, se podría hablar de una contraposición de criterios entre ambos principios. Sin embargo, como se verá, no es el caso.

5.2. Posible relación del criterio de proporcionalidad con el principio de legalidad en Occidental

Dentro del caso, el Estado ecuatoriano afirmó que utilizar el criterio de proporcionalidad implica la violación del principio de legalidad; puesto que la sanción específica y prevista para el acto de cesión de derechos contractuales a un tercero es la caducidad del contrato petrolero[69]. Occidental, por su parte, alegó la desproporcionalidad de la medida. Así, la duda principal frente a las dos posturas es si la proporcionalidad como principio del Derecho Internacional Público puede vulnerar el principio de legalidad de los Estados, el cual se ejecuta mediante la aplicación de su legislación.
Dentro del contexto del derecho interno de cada nación, rige lo siguiente: "el concepto de proporcionalidad se refiere principalmente a la fijación de límites materiales a la injerencia de las autoridades públicas en la esfera privada de los ciudadanos"[70]. La naturaleza de la definición de proporcionalidad dada en el numeral primero del presente artículo no varía en el caso de la legislación ecuatoriana; presupone la ejecución de la medida menos gravosa y efectiva frente a un acto imputable a una persona[71]. Esto, porque el Estado acoge la proporcionalidad dentro de su ordenamiento jurídico, al igual que en sus obligaciones internacionales. Por otro lado, el principio de legalidad presupone que la actuación de la Administración Pública se limita a la permitida por el ordenamiento jurídico, dentro del ejercicio de sus potestades. Así como en un

---

Ecuador y al actuar de su Administración Pública. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 101 (1). Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002.
67 *Ibíd*. párr. 416.
68 *Ibíd*. párr. 417.
69 Ley de Hidrocarburos. Ó*p. cit*., artículo 74.
70 Kläger, Roland. Ó*p. cit*., p. 237. Traducción propia.
71 *Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública*. Ó*p. cit*., artículo 11.

juego de ajedrez, esta solo puede moverse de cierta manera.

Debe tomarse en consideración que cuando Occidental ingresó al Ecuador, la normativa existía y era conocida por el inversionista. La no aplicación de dicha norma no forma parte de sus legítimas expectativas[72]. La regulación prescriptiva quedó clara al punto de que la disposición de la ley se copia en una de las cláusulas del contrato de participación petrolera. Por tal razón, si se habla de la aplicación de la cláusula contractual que fue libremente pactada por las partes, y no de una sanción normativa, pareciese forzoso decir que el actuar del Estado fue desproporcional. Lo anterior, debido a que las partes debieron haber percibido la cláusula como proporcional; de lo contrario, no la hubiesen incluido en el contrato.

En la contratación opera la autonomía de la voluntad contractual. El contrato no presenta vicio de la voluntad o norma que invalide esta cláusula pactada por las partes. Entonces, pareciera de mala fe, o en el mejor caso culposo, que habiéndose pactado expresamente una sanción por incumplimiento de una obligación y siendo ley para las partes[73], esta no se cumpla. De todas formas, el Tribunal estableció que la caducidad fue producto de una sanción normativa y no contractual. Por tanto, el siguiente punto a analizar son las razones por las que el Tribunal considera que la sanción impuesta es de tipo legal, y cuáles son las consecuencias de dicha interpretación.

En segundo lugar, el problema se evidencia en la interpretación del Tribunal respecto de la sanción normativa. Este determina que la medida de la caducidad del contrato por parte del Estado ecuatoriano a Occidental no fue proporcional. La legislación preveía, de manera genérica, otras medidas posibles para el Estado frente al actuar de Occidental. Como se ha dicho, dos posibilidades ejemplificativas son: el uso del régimen de multas y la renegociación del contrato. En principio, pareciese que el Tribunal entiende que la proporcionalidad, por estar recogida en la legislación del Ecuador, debía aplicarse por sobre una sanción específica y de subsunción perfecta con los hechos. De esta manera, el Tribunal no analiza la posibilidad de que las sanciones al amparo del contrato de participación petrolera sean desproporcionadas. Todo lo contrario, determina que el análisis de la proporcionalidad dentro del contrato no resuelve el problema jurídico planteado. La caducidad se dio por el Ministerio de Energía, Minas y Petróleos como una sanción al amparo de su legislación, y no por Petroecuador. En vista de que el Estado actuó sancionando con su legislación al inversionista, la decisión del Tribunal se toma a partir de dicha premisa. Lo desproporcional es la aplicación no progresiva del ordenamiento, en miras a que la caducidad es de última ratio.

La respuesta a la interrogante tiene dos perspectivas. La primera se ve reflejada en el derecho interno del Ecuador, el cual determina que ninguna norma sobre la cual se rige la Administración Pública puede ser opuesta a los principios por los que se rige el ordenamiento jurídico,

72 Bonnitcha, Jonathan. *Substantive Protection under Investment Treaties*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2014. pp. 167-168.

73 *Codificación del Código Civil*. Registro Oficial (S) No. 46 del 24 de junio de 2005. Artículo 1561.

específicamente en materia de sectores estratégicos[74]; sin embargo, las soluciones normativas frente a ciertos presupuestos fácticos se presumen proporcionales[75], por lo que dicha perspectiva estriba al principio de legalidad. La segunda, la perspectiva del Derecho Internacional, consiste en la contraposición de ambos principios. Su solución es eficiente para el caso planteado: la proporcionalidad no vulnera el principio de legalidad de la actuación Estatal puesto que las posibilidades de acción del Estado se encuentran positivadas en su legislación interna, salvaguardando su accionar reglado. Además, los Estados han accedido voluntariamente a la firma de los TBI respectivos (que incluyen la proporcionalidad)[76]. De tal suerte que el Estado, en uso de sus atribuciones soberanas, ha creado y se ha adherido a la normativa internacional que compone su ordenamiento jurídico.

La proporcionalidad es un condicionante a la actuación del Estado[77]: aun cuando tenga disposición expresa, debe preferir alguna de sus opciones de accionar menos gravosa. Entonces, deberá aplicarla de manera progresiva; es decir, iniciando por aquella que tenga menos impacto en la inversión. De tal suerte que logre restablecer el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, prevenir que el actuar ilícito vuelva a suceder, y reparar cualquier daño susceptible de valoración económica.

En el presente caso, el Estado impuso la sanción más grave, olvidándose la necesaria correlación que debe existir entre daño y medida[78]. Aun sin verificarse un daño mayor al de quebrantar el ordenamiento jurídico, se aplicó la medida más grave frente al actuar del inversionista; por lo tanto, no hubo proporcionalidad. Ello, en virtud de que el principio de legalidad está condicionado a la proporcionalidad de la medida tomada, y que el Estado, bajo dicha premisa, no aplicó su ordenamiento jurídico de la manera que su obligación internacional le requiere; es decir, la ejecución progresiva de medidas buscando la armonía para la realización de la inversión. Así, lo que pareciera ser una contraposición entre el principio de legalidad y proporcionalidad en realidad es un condicionante a la aplicación de la legalidad por parte del Estado. Una violación al principio de proporcionalidad, cuando el Estado lo ha vuelto parte de su ordenamiento jurídico, implicaría consecuentemente un quebrantamiento a la legalidad. En el presente caso, la proporcionalidad es parte del ordenamiento jurídico del Estado. Por tal razón, ambos principios no son excluyentes, sino que se sirven mutuamente para su aplicación material.

6. Conclusiones

El criterio de proporcionalidad sobre el cual el Tribunal arbitral del Caso Occidental condenó al Ecuador por la violación de los estándares de protección a la inversión recogidos por el TBI

74 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 313 inciso 2. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
75 López González, José Ignacio. *Óp. cit*., p. 16.
76 El TBI Ecuador-Estados Unidos, en su artículo III, establece que la expropiación debe ser una medida equitativa, por lo que se puede inferior que se habla de proporcionalidad en la misma.
77 Schill, Stephan. "General Principles of Law and International Investment Law". En Grazzini, Tarcisio y Brandere, Eric. *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 178.
78 Kläger, Roland. *Óp. cit*., p. 237.

Estados Unidos-Ecuador debe entenderse como la medida que toma el Estado como consecuencia de un acto imputable al inversionista. Dicha medida se caracteriza por ser apropiada, necesaria, menos gravosa y más efectiva. Asimismo, es tomada en ponderación de otras posibilidades de acción dentro del ordenamiento jurídico del Estado receptor. No cabe dejar de lado que la medida debe estar estrechamente vinculada a la obtención de un fin determinado. La sanción tiene como finalidad el restablecimiento del quebrantamiento jurídico, mediante el poder de disuasión de la medida, lo que evita que vuelva a ocurrir un acto similar. Además, la aplicación de la medida debe ser progresiva. Con todo lo anteriormente expuesto, se verifican los elementos esenciales de aplicación de la proporcionalidad en la medida.

El Tribunal arbitral dentro del caso, y de manera acertada, considera que el Estado incumplió con aplicar una medida proporcional frente al actuar del inversionista. Ello, en virtud de que no se verificó un daño material respecto del actuar de Occidental y existían otras medidas dentro del actuar genérico del Estado, tales como la renegociación del contrato o el régimen de multas. En este sentido, la proporcionalidad juega un papel vital ya que se debe preferir la permanencia de la inversión antes que su destrucción total.

A pesar de que en el Caso Occidental se tomó a la proporcionalidad como un hecho, parte del análisis de la legislación aplicable al contrato; la proporcionalidad es un principio recogido dentro del Derecho Internacional de las Inversiones. Su aplicación puede darse dentro de todos los estándares de protección a la inversión extranjera cuando el fundamento de alguno implica directa o indirectamente su alegación. La vulneración a dicho criterio implica la ejecución de una medida que genera más perjuicio a la inversión respecto de la que debió implementarse, dentro de un acto en el que era posible la implementación de otras medidas, menos gravosas y recogidas en la legislación del Estado receptor.

Por lo tanto, la proporcionalidad en el Caso Occidental no implica una vulneración al principio de legalidad. Bajo la perspectiva del Derecho Internacional de las Inversiones, dicho concepto actúa como un criterio de selección para que, dentro del margen de la legalidad, el Estado determine una sanción frente a un acto imputable al inversionista. Esto, no sin antes verificar que se esté dando preferencia a aquella sanción menos gravosa para la inversión y que sea efectiva para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado. De esta manera, el fallo es fundamentado ya que no implica la transgresión al principio de legalidad ni limita que el Estado receptor de la inversión ejecute lo previsto en su ordenamiento. Por el contrario, condiciona el actuar de la legalidad para que aquél sea proporcional. Entonces, dado que dentro del Caso Occidental no se demostró daño material alguno, existían otras posibles opciones genéricas del actuar estatal, y la proporcionalidad es parte tanto del derecho interno del Ecuador como del Derecho Internacional de las Inversiones; la medida adoptada por el Estado ecuatoriano en el Caso Occidental fue desproporcionada a la luz de la legislación que le da lineamientos de actuación.


LexAdvisor
CONSULTORES Y ABOGADOS ASOCIADOS

Precios promocionales de las aerolíneas ¿constituyen precios predatorios? Caso Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A. "LAN Ecuador"

Isabela Moreno Burns,
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Coreeo electrónico: imorenob13@gmail.com

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen

El proceso de competitividad entre los operadores por ganar clientes en el tiempo y la rivalidad entre ellos es lo que, en simples palabras, envuelve a la competencia. Existe, sin embargo, una serie de prácticas que pueden afectar a la competencia, como las conductas exclusorias y explotativas. El presente artículo se centrará específicamente en la predación como práctica ilegal, típicamente exclusoria, puesta en contraste con su más común justificación: los precios promocionales. Prácticas predatorias son aquellas que atentan contra la competencia, donde uno de los operadores disminuye sus precios con la finalidad de eliminar la competencia.

Las aerolíneas se manejan en un mercado bastante particular, que no puede ser puesto bajo la lupa de parámetros generalizados. En el caso específico del mercado aeronáutico ecuatoriano, se analizará la Resolución del antiguo Ministerio de Industrias y Productividad (en adelante, MIPRO) MIPRO-COMP-002-2010 del 29 de junio de 2010, que resolvió que Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A. (en adelante, LAN) no incurrió en una práctica predatoria al ingresar al mercado ecuatoriano. Por medio del análisis y la exposición de casos emblemáticos de precios predatorios en Estados Unidos de Norteamérica y en la Unión Europea, se pondrá en conocimiento del lector los distintos tests y criterios de decisión para determinar la existencia o no de la práctica ilegal de competencia.

El objetivo del artículo se centra en demostrar que los criterios utilizados en la Resolución del MIPRO fueron erróneos. La decisión que se tomó fue con base en un análisis limitado de lo que significa "participación de mercado", que fue un factor determinante y equivocado para la toma de decisión final, configurando finalmente una suerte de abuso de derecho para el infractor.

Palabras clave

Precios predatorios, precios promocionales, libre competencia, participación de mercado, abuso de derecho.

Promotional pricing of airlines, ¿do they constitute predatory pricing? Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A. "LAN Ecuador" Case

Abstract

The process of competition between operators seeking to gain customers over time and the rivalry between market operators in simple words is what surrounds competition. However, there are several practices that affect competition, to mention some: exclusory and exploitative practices, predatory pricing, excessive pricing, price discrimination, unjustified negative to sell, and others. This article focuses in predation as an illegitimate practice, in contrast to one of its most common justification: promotional pricing. Predatory practices are those that attempt against competition, where one of the operators lowers its prices with the aim of eradicating its competition.

Airlines operate in a very particular market, which cannot be analyzed under generalized parameters. Transposing all of this to the Ecuadorian aeronautical market, the Resolution of the former Industries and Productivity Ministry: MIPRO-COMP-002-2010 is analyzed, who ruled that LAN did not engage in predatory practices when entering the Ecuadorian market. Through the analysis and exposition of emblematic cases of predatory pricing in the United States and the European Union, the reader will learn about the different tests and criteria taken for each decision in order to determine the existence or not of the unlawful practice of competition.

The objective is centered as such to demonstrate that the criteria followed in the Resolution of the MIPRO were mistaken. The taken decision was founded in a limited analysis of what "market participation" means, all which was a determining factor, and is considered incorrect for the final decision, finally configuring a sort of abuse of rights for the infringer.

Keywords

Predatory pricing, promotional pricing, free competition, market share, abuse of law.

1. Introducción

La libre competencia se encuentra compuesta por dos elementos: la autonomía y la igualdad de los sujetos que se relacionan en el mercado[1]. El primer elemento determina la libertad con que actúan los agentes del mercado[2]. El segundo elemento hace referencia a que los agentes más poderosos del mercado no tengan una influencia determinante sobre los precios[3].

El presente estudio pretende determinar si los precios promocionales de tiquetes aéreos son o pueden llegar a ser predatorios; y, por ende, si estas prácticas atentan contra la libre

1 *Cfr*. Witker, Jorge, y Varela, Angélica. *Derecho de la competencia económica en México*. México: UNAM, 2003, pp. 2-8.

2 Esto, en cuanto a qué, cómo, cuándo y para quién producir.

3 *Cfr*. Witker, Jorge, y Varela, Angélica. *Derecho de la competencia económica en México*. *Óp. cit*., p. 3.

competencia. Se plantea entonces una serie de elementos que ambas prácticas deben contener para convertirse en ilegales. Todo lo anterior se realizará mediante la comparación de la Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad con jurisprudencia estadounidense y de la Unión Europea. Además, se pone en consideración, principalmente, el caso de la aerolínea Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A. "LAN Ecuador" (en adelante, "LAN") cuando ingresó al mercado ecuatoriano en el año 2009; siendo el único caso de análisis de precios predatorios en la industria aeronáutica en el Ecuador.

La contraposición de las distintas concepciones de precios predatorios y precios promocionales, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea, determinará finalmente si la decisión tomada por la autoridad ecuatoriana siguió los lineamientos que correspondían en el caso concreto.

2. Precios predatorios

Los precios predatorios fácilmente son confundidos con una práctica competitiva de precios bajos[4]. Definirlos es indispensable para establecer la diferencia entre ambos y realizar un análisis más adecuado en cuanto a las prácticas leales y a las desleales.

Manejar el mercado bajo un sistema de implantación de precios bajos es lícito, siempre y cuando se lo haga dentro del marco de competencia de méritos[5]. Así, las empresas ganan la preferencia de los consumidores en términos de eficiencia, aspecto que involucra el precio y la calidad[6].

El problema radica en el establecimiento de precios bajos dentro de lo que se ha denominado práctica predatoria: operadores que tienen como finalidad perjudicar a la competencia, para así mejorar su propia posición o situación en el mercado[7]. Las conductas predatorias son aquellas:

> distintas de la competencia basada en los méritos, con las que una empresa, para aumentar su poder de mercado, pretende eliminar del mismo, o por lo menos perjudicar, a uno o varios competidores, mediante el empleo abusivo de medios generalmente considerados como competitivos, renunciando a los beneficios a corto plazo, con la esperanza de obtener mayores ganancias a medio o largo plazo[8].

Se rescata de este punto la intención de perjudicar al competidor y la temporalidad que implica la implementación de esta práctica. El aumento de poder de mercado o de participación de mercado es un fin legítimo, siempre que se mantenga dentro de los márgenes establecidos por la legislación como una práctica competitiva legítima.

Justamente volvemos al punto inicial de esta sección: la utilización de medios que se consideran

4 *Cfr*. Otamendi, Jorge. "La competencia desleal". *Revista Jurídica año 3, No. 2* (1998), p. 43.
5 *Ibídem*.
6 *Cfr*. Pacheco, Oscar Fernando. *Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia*. Tesis de grado. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2006, p. 3.
7 Hernández Rodríguez, Francisco. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997, p. 38.
8 *Ibídem*.

como competitivos permiten que una práctica catalogada como abusiva[9] pueda, en cierto punto, parecer apegada a los parámetros competitivos. Sean estos parámetros "justificaciones de eficiencia o razones comerciales legítimas"[10]. Por estas razones, es muy común negar la existencia de una práctica predatoria alegando que se trata de una práctica competitiva.

Habiendo definido más a profundidad los precios o prácticas predatorias y sus particularidades, a continuación se pone a disposición del lector una serie de definiciones importantes. Estos conceptos permiten la extracción de los elementos esenciales que constituyen los precios predatorios.

Philip Lowe[11] plantea que:

> "Precios predatorios" como tal son precios acusados de ser una **amenaza para la supervivencia** o entrada de competidores eficientes, porque están puestos a tal nivel que solo pueden explicarse con la finalidad de eliminar similares o más eficientes competidores o deteriorando su entrada. El ejemplo clásico de precios predatorios son precios más bajos que los costos marginales, siguiendo la segunda versión del test Areeda-Turner[12] (énfasis añadido).

Por otro lado, The Unilateral Conduct Working Group[13] en el documento preparado para el International Competition Network en 2012, dice que los precios predatorios se caracterizan por

> **la incurrencia de pérdidas a corto plazo durante el tiempo de predación cobrando precios que son "muy bajos"** con la finalidad de sacar a los competidores del mercado o desentivar a potenciales competidores. El daño a los consumidores se da cuando el predador más tarde **recupera esas pérdidas**[14] (énfasis añadido).

Como idea general, los precios predatorios son aquellos inferiores al costo marginal[15]; que, a pesar de generar pérdidas a corto plazo, son útiles si se tiene la intención de eliminar o aminorar la competencia para así recuperar las pérdidas a futuro y, eventualmente, incrementar el precio a niveles supra competitivos.

Son catalogados dentro de la legislación y regulación mundial como una práctica exclusoria que altera la libre competencia, "clasificados como acciones monopolizadoras en Estados

---

9 Nuestra legislación, en el artículo 9 numeral 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, enfrasca a los precios predatorios dentro de prácticas de abuso de poder de mercado.

10 Traducción libre. International Competition Network, The Unilateral Conduct Working Group. *Report on predatory pricing,* 2008, p. 26. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf (acceso: 14/08/2016).

11 Philip Lowe es Gobernador del Reserve Back of Australia, especializado en economía, políticas monetarias y estabilidad financiera.

12 Traducción libre. Lowe, Philip. *Pros and Cons of Low Prices,* 2003, p. 2. http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_066_en.pdf (acceso: 15/02/2016).

13 International Competition Network (CIE), grupo creado por oficiales de antitrust de 14 jurisdicciones el 25 de octubre de 2001. El CIE ofrece a las autoridades de competencia un espacio especializado de contacto regular para hacer frente a las preocupaciones en prácticas de competencia. No tiene ningún fin legislador, pero crea bases de recomendaciones para prácticas competitivas adecuadas. Vid. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/

14 Traducción libre. International Competition Network. "The Unilateral Conduct Working Group Workbook". *Predatory pricing analysis*, 2012. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc828.pdf (acceso: 15/02/2016).

15 Sin embargo, existen una serie de medidas de costo que deben ser analizadas en el test de predación: AVC, average variable costs; AAC, average avoidable costs; ATC, average total costs; y LRAIC, long run average incremental costs.

Unidos y de abuso de posición dominante en Europa"[16]. En el Ecuador, también son considerados como una infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y una práctica prohibida de abuso de poder de mercado. Los precios predatorios se caracterizan distintamente en cada legislación, jurisdicción y dependiendo del caso concreto. Sin embargo, existe una serie de elementos comunes a las definiciones de precios predatorios: que la práctica sea implementada por un competidor dominante, que se dé una reducción significativa del precio, que el operador sufra pérdidas por la práctica realizada, y que todo esto tenga como fin último la eliminación de un competidor existente o entrante en el mercado.[17]
La competencia basada en méritos prácticamente no existe cuando se dan prácticas predatorias[18], dado que son los competidores con poder de mercado los que manejan a su antojo dicho mercado. De lado se deja la eficiencia del operador, pues la única finalidad es la eliminación del competidor. Consecuentemente, no se sanciona el sacar al competidor o posible competidor del mercado; sino que se castiga el daño final que sufre el consumidor. La práctica predatoria se ha definido como actuaciones que "finalmente desaminan la competencia legítima de precios"[19]. Volvemos entonces a lo anterior: el recorte o baja de precios que tiene como finalidad incrementar las ganancias de un competidor es, generalmente, la esencia de la competencia[20].

3. Precios promocionales

Habiéndose detallado las características de los precios predatorios, debemos contrastarlos con los precios promocionales, a fin de identificar la línea diferenciadora entre lo que implica una práctica predatoria y una práctica promocional o de descuento. Los precios promocionales, introductorios o de descuento son aquellos consistentes en una reducción de los precios sobre determinadas prestaciones que son idénticas a la de otros oferentes frente a los mismos consumidores[21]. A continuación, se pone a disposición del lector una serie de puntos y pautas acerca de los precios promocionales que serán útiles al momento de analizar el caso LAN.
Una característica importante de los precios introductorios es que la oferta o venta se encuentra dirigida específicamente al beneficio del consumidor[22]. También, como regla general, los precios finales deberían a largo plazo cubrir los costos medios. De igual modo,

---

16 Gonzales, Aldo. *Estudio Sobre el Mercado Aéreo de Transporte de Pasajeros en Latinoamérica*. 2013, p. 30. http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/09/Airport-Study-260212-CRCAL.pdf (acceso: 27/07/2016)
17 Cfr. Coloma, Germán. "Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia". Serie Documentos de Trabajo, Universidad del CEMA, No. 228 (2002), pp. 4-6.
18 Cfr. International Competition Network, The Unilateral Conduct Working Group. Report on predatory pricing. Óp. cit., p. 3.
19 *Ibídem*. *Vid*. Anexo 1, pregunta 17, respuestas de Canadá, Jamaica y Estados Unidos.
20 Traducción libre. *Cfr*. ABA Antitrust Law Section. *Federal and State Price Discrimination Law (1991)*. 1991. Capítulo 3.
21 Palau, Felipe. *Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, p. 27. *Vid*. Guerra Padilla, Luis Fernando. *Los Precios Predatorios como uno de los casos de abuso de la Posición Dominante en el Mercado*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012, p. 83.
22 *Cfr*. Pacheco Pacheco, Oscar Fernando. *Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia*. *Óp. cit*., p. 17.

únicamente se permite que los nuevos entrantes al mercado tengan la posibilidad de ofrecer precios promocionales o inclusive distribuir de manera gratuita sus productos, pero por un periodo corto de tiempo[23].

El tema central está en la temporalidad de los precios promocionales, de modo que pierden su esencia cuando se perpetúan en el tiempo. De esta manera, son tres los propósitos de otorgar un descuento: primero, aumentar las ventas; segundo, atraer a los clientes de los competidores; y tercero, excluir a las empresas menos eficientes[24]. Por lo tanto, el precio promocional es un beneficio para los consumidores.

Así, dentro lo legal, los precios promocionales se aceptan y no se discuten. El problema, sin embargo, deviene de la utilización de una defensa basada en precios promocionales para encubrir una práctica predatoria.

4. Casos de análisis

Se pone en consideración ciertos casos que tratan el tema de predación, para así determinar el margen diferenciador entre la práctica predatoria y la legítima. Los casos propuestos fueron los primeros que despertaron el interés en Estados Unidos de Norteamérica y en la Unión Europea, y, por tanto, merecen ser analizados. Adicionalmente, en estas decisiones encuentra fundamento la Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad en el caso LAN. Esto, en virtud de que determinan los elementos que cada línea de decisión sigue en cuanto a esta práctica predatoria, confluyendo finalmente en la decisión que se tomó en el Ecuador en el año 2010, con la entrada de LAN en el mercado.

4.1. USA: *Matsushita v. Zenith Radio Corp. 475 U.S. 574* (1986)

El caso *Matsushita v. Zenith Radio Corp. 475 U.S. 574*, de 1986, se desenvuelve dentro de los siguientes hechos. Las empresas norteamericanas Zenith Radio y National Union Electric Corporation alegaban que 21 empresas japonesas, dedicadas a la manufactura de electrónicos (televisiones principalmente), habían conspirado para cobrar precios supra-competitivos en Japón. Mediante esta práctica, las empresas norteamericanas subsidiaban el precio predatorio que existía en Estados Unidos, y de esta forma eliminaban a la competencia[25].

Para resolver el caso, la Corte hizo uso del test de Areeda-Turner. Este examen determina que los precios inferiores al costo marginal anticipado son predatorios, mientras que los precios superiores al costo marginal anticipado son no predatorios. Ahora bien, puesto que este tipo de costo es difícil de calcular, se usa en remplazo el costo variable[26].

23 *Cfr*. Organization for economic co-operation and development. *Predatory pricing,* 1989 http://www.oecd.org/competition/abuse/2375661.pdf (acceso: 15/02/2016)

24 *Cfr*. Hernández Rodríguez, Francisco. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español*. *Óp. cit*., pp. 80-81.

25 *Cfr*. US Supreme Court. *Matsushita v. Zenith Ratio Corp. 475 U.S. 574 (1986)*. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/475/574/case.html (acceso: 18/02/2016)

26 *Cfr*. ABA Antitrust Law Section. *Federal and State Price Discrimination Law (1991)*. *Óp. cit*.

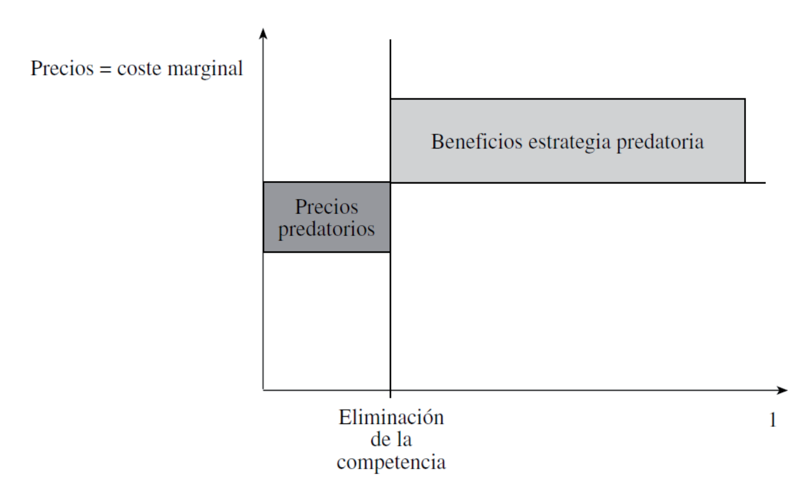


Gráfico de Test de Areeda-Turner[27]

En 1975, Phillip Areeda y Donald Turner, ambos profesores de Harvard Law School, escribieron "Precios Predatorios y Prácticas Relacionadas bajo el Sherman Act Sección 2"[28], en donde establecieron cómo identificar precios predatorios. Su teoría apuntaba a que cualquier práctica que ponía a los precios por debajo de los costos marginales[29] constituía una práctica predatoria *per se*[30]. Sin embargo, se criticó a este postulado por la dificultad que representa la determinación del costo marginal de una empresa. Esto hace que los autores reformulen su regla utilizando el concepto de coste medio variable, entendido como el costo variable total dividido entre la cantidad producida en sustitución del costo marginal. Por lo tanto, los precios inferiores al costo variable medio tienen la presunción de ilegalidad.

El test de Areeda-Turner constituye precedente en las Cortes de los Estados Unidos en lo siguiente:

> 1. Los precios por debajo del costo variable medio por un periodo significante de tiempo deben ser presumidos como anticompetitivos o ilegales. Sin embargo se admite prueba en contrario;
> 2. Los precios por encima del costo variable medio, y debajo del costo medio total se presumen legales;
> 3. Los precios por encima del costo variable medio y debajo del costo variable total se presumen legales (presunción de hecho);

27 Castelló, Ana Merino, y Grau Arnau, Susana. "Sentencia Altadis: El elemento intencional en el test de precios predatorios". *Anuario de la competencia*, No. 1. (2004), p. 350. *Vid.* Creus, Antonio. Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo). p. 276. En Martínez Lage, Santiago y Petitbò Juan, Amadeo. *El abuso de la posición de dominio*. Madrid: Rustica, 2006.

28 Traducción libre. *Vid.* Areeda, Phillip, y Turner, Donald F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review, Vol. 88, No. 4 (1975).

29 Costo marginal: costo adicional en el que incurre una compañía para producir una unidad más del producto vendido. *Vid*. Organization for economic co-operation and development. *Predatory princing*. *Óp. cit*.

30 *Cfr*. Segura, Julio. *An eponymous Dictionary of Economics*. Massachusets: Edward Elgar Publishing Limited, 2004, p. 5.

4. Los precios por encima del costo medio total se presumen legales (presunción de Derecho)[31].

En este caso, la Corte determinó que no se trataba de un caso de precios predatorios, puesto que las rebajas de precio que tienen el objetivo de agrandar la cuota de mercado son la esencia de la competencia. Más aun, se estableció que constituye como precio predatorio aquel que se encuentra debajo del costo marginal únicamente[32]. Esto es sumamente importante e indispensable para señalar el margen dentro del cual la legislación ha encasillado a los precios promocionales como legales. El margen que marca la diferencia entre la competencia leal y la desleal es la libre competencia en sí. El buscar o pretender agrandar la cuota de mercado no es penado, sin embargo se deben mirar los medios cuidadosamente.

La importancia de este caso recae en que los precios bajos aun siendo mayores a los costos de producción son un reflejo de una estructura causada por economías de escala de bajo costo, que es finalmente una competencia basada en méritos[33]. Si bien existen estos bajos precios, las prácticas predatorias no pueden ser castigadas *per se* porque son muy difíciles de identificar y detectar[34]. Con base en el análisis desarrollado, la Corte Suprema dictaminó que no existió una práctica de precios predatorios.

No obstante, es pertinente poner a disposición del lector el caso *United States v. AMR Corp., 140 F. Supp. 2d 1141*[35], en el cual el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América demandó a American Airlines por precios predatorios y por expansión predatoria de sus frecuencias en la ruta desde y hacia el aeropuerto de Dallas-Fort Worth[36]. Lo interesante de este caso radica en que a pesar de que pueden ser suficientes, no es necesario que se pruebe la posibilidad de recuperación y que se esté operando bajo costos[37]. En este caso, finalmente se dictaminó que no se confirmaron las prácticas predatorias de las que se acusaba a American Airlines, en razón de que no se verificó que existía una recuperación posterior.

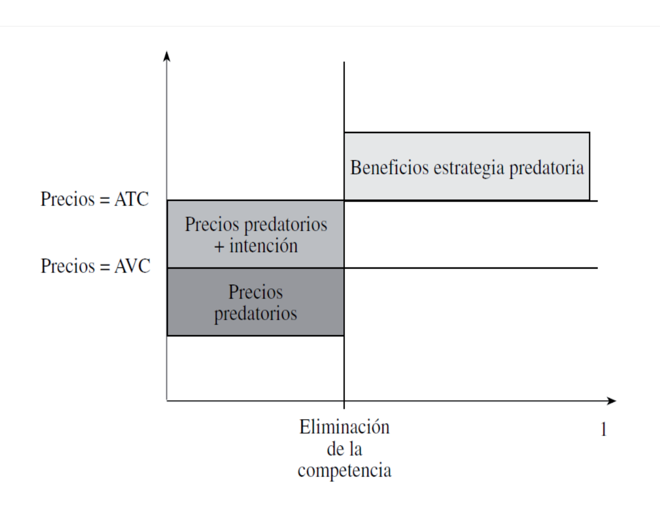
Con lo anterior en mente, Aaron S. Edlin desarrolló una nueva tesis o regla en cuanto a las prácticas predatorias: las prácticas predatorias permiten la creación de ventajas *ex ante* para el consumidor[38]. El mercado es entonces más competitivo, y los precios bajos son dictaminados y asegurados por las decisiones de los operadores del mercado[39]. Por lo tanto, "reconociendo una nueva categoría de predación sobre el costo"[40], permitiría que los mercados sean más competitivos.

31 Archila, Virginia. *Los Precios Predatorios: una forma de Abuso de la Posición Dominante*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p. 243. *Vid*. Guerra Padilla, Luis Fernando. *Los Precios Predatorios como uno de los casos de abuso de la Posición Dominante en el Mercado*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012, p. 85.
32 *Ibídem*.
33 *Cfr*. Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad. *MIPRO-COMP-Resolución-002-2010*, 29 de junio de 2010.
34 *Cfr*. Wagle, M. Steven. *Predatory pricing, a case study: Matsushita Electric Industries Co. v. Zenith Radio Corporation*. Tesis doctoral. M.A. Wichita State University, Michita, 1986, p. 117.
35 United States v. AMR Corp., 140 F. Supp. 2d 1141.
36 *Cfr*. Edin, Aaron. S. "Stopping Above-cost Predatory Pricinng". *111 Yaley Law* Journal *941* (2011), p. 942.
37 *Cfr*. *Óp. cit., p*. 943.
38 *Cfr*. *Óp., cit. p*. 973.
39 *Cfr*. *Óp., cit. p*. 990.
40 Traducción libre. *Óp. cit., p*. 990.

4.2. UE: *Akzo v. Commission* (1991) ECR I-3359, case C-62/86 (Unión Europea)

El primer caso sobre precios predatorios tratado en la Comisión de la Unión Europea fue el caso *AKZO Chemie BV vs. Comission*, en 1991. La mencionada empresa era una manufacturera dominante de productos químicos que sistemáticamente ofrecía aditivos para harina a precios inferiores al costo[41]. Se condenó a AKZO al pago de una multa de $ 7'500.000[42] por la realización de prácticas que involucraban precios predatorios. Bajo estos preceptos, la Comisión planteó dos tests para determinar la existencia de precios predatorios.

> 1. Precios inferiores al costo variable medio (por sus siglas en inglés, "AVC") se presumen como abusivos, porque responden a la única intención de eliminación de la competencia.
> 2. Precios inferiores al costo total (por sus siglas en inglés, "ATC") pero superiores al costo variable medio (AVC) solo son predatorios cuando responden a una estrategia con finalidad de excluir o eliminar a la competencia[43].



Test en el caso AKSO[44]

Los criterios impartidos por la Comisión han constituido precedente para otros casos como Tetra Pak II, Deutsche Telekom, France Telecom y Telefónica[45], siendo tales:

> 1. Los precios predatorios configuran un supuesto de abuso de posición dominante.
> 2. La existencia de posición dominante se puede determinar por medio de la cuota de mercado, en donde el 50% es suficiente indicador de poder de mercado.
> 3. Aplicación del test Areeda-Turner, en donde los precios por debajo de los costos medios variables se presumen predatorios.

---

41 *Cfr*. Rosenblatt, Howard, Armengod, Héctor, y Scordamaglia-Tousis, Andreas. "Post Danmark: predatory pricing in the European Union". *The European Antitrust Review* (2013), p. 21.

42 *Cfr*. Guerra Padilla, Luis Fernando. *Los Precios Predatorios como uno de los casos de abuso de la Posición Dominante en el Mercado*. *Óp. cit.*, p. 115.

43 *Cfr*. Rosenblatt, Howard; Armengod, Héctor, y Scordamaglia-Tousis, Andreas. *Óp. cit*.

44 Castelló, Ana Merino, y Grau Arnau, Susana. "Sentencia Altadis: El elemento intencional en el test de precios predatorios". *Anuario de la competencia*, No. 1. (2004), p. 350. *Vid*. Creus, Antonio. Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo). *Óp. cit.*, p. 278.

45 *Cfr*. Tepper, Richard. *Criterios jurisprudenciales y doctrinales en la calificación de un precio como predatorio*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica De Valparaíso, 2014, p. 35.

4. Los precios sobre los costos medios variables no se presumen predatorios, pero lo serán si forman parte de una táctica para eliminar competencia[46].
En Europa no se realiza el test de recuperación[47], en virtud de que posee mayor importancia el elemento subjetivo sin tomar en cuenta el análisis de la estructura del mercado[48]. Este criterio es bastante cuestionable porque todo análisis de prácticas anticompetitivas debe iniciarse en un espectro de mercado relevante.

4.2.1. Tesis de Richard Posner

A diferencia del test Areeda-Turner, Richard Posner[49] consideraba el elemento intencional en la práctica predatoria. Por lo tanto, son precios predatorios aquellos "inferiores al coste marginal a largo plazo, siempre que estos últimos vayan acompañados de la intención de eliminar un competidor"[50]. Por la dificultad que presenta calcular el costo marginal, Posner reformula su tesis cambiando a este por el costo medio según balance, entendido como el costo medio total que aparece en los registros contables de la empresa[51].
Por lo tanto, de ambos tests es posible extraer las dos condiciones que el MIPRO analiza en su decisión: la condición objetiva y la condición subjetiva[52]. Del test de Areeda-Turner se desprende el elemento objetivo: posición dominante (50%) y presunción de existencia de predación cuando el precio es inferior al costo marginal. Del test de Richard Posner, por otro lado, se configura el elemento subjetivo: la intencionalidad de eliminar la competencia. El conjunto de ambos elementos determina la existencia de una práctica ilegítima, la predación.

4.3. Ecuador: Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad MIPROCOMP-Resolución-002-2010

El caso ecuatoriano en estudio tiene dos particularidades. En primer lugar, es el único que ha tratado el tema de precios predatorios en aerolíneas en el país. En segundo lugar, no se trata de una resolución judicial; en realidad, es un acto administrativo susceptible de recurso extraordinario de revisión y reposición, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, tal y como se establece en su artículo 69.
La denuncia, presentada por Compañía TAME Línea Aérea del Ecuador (en adelante, "TAME"), tenía por objeto que se investigue la fijación de precios predatorios, competencia desleal e intención de expulsar del mercado a sus competidores; específicamente, en el servicio

46 *Cfr. Ibídem.*
47 La recuperación es un elemento de la ilegalidad del precio predatorio; una vez eliminado el competidor, el predador incrementa sus precios para así recuperar las pérdidas incurridas al momento de ofrecer precios bajos. *Víd.* Sherman Act, Section 2 (1890).
48 *Cfr. Ibídem.*
49 Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos. Graduado y profesor en University of Chicago Law School.
50 Guerra Padilla, Luis Fernando. *Los Precios Predatorios como uno de los casos de abuso de la Posición Dominante en el Mercado. Óp. cit.*, p. 86.
51 *Ibídem.*
52 Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad. *MIPRO-COMP-Resolución-002-2010. Óp. cit.*

de transporte aéreo comercial nacional de pasajeros en la ruta Guayaquil-Quito por parte de LAN [53].

La actora, TAME, alegaba que LAN vendía sus servicios por un valor de $ 29, valor del boleto aéreo en la ruta Quito-Guayaquil; precio que era un 40% inferior al del estudio económico mencionado en la Resolución, que se había presentado a la Autoridad Aeronáutica, por lo que no alcazaba a cubrir sus costos.

Se hace un análisis tanto jurídico como económico para resolver esta denuncia: en primer lugar, un examen de los elementos objetivos y subjetivos que envuelven a la práctica de precios predatorios.

La condición objetiva consiste en lo siguiente:

> Se refiere a la condición material de la empresa acusada para poder desarrollar una conducta de fijación de precios predatorios con posibilidades de éxito. Es decir, que se trate de una empresa que pueda materialmente poner precios supra competitivos una vez que ha hecho desparecer la amenaza del competidor potencial o real en el mercado. […] La condición objetiva, por tanto se refiere a la capacidad para poder actuar en el mercado con independencia de la reacción competitiva de los competidores. Esto se conoce como posición dominante o también poder de mercado[54].

Por su parte, la condición subjetiva hace referencia a lo siguiente:

> Se puede afirmar que el elemento subjetivo se constituye en función de la voluntad del operador en la comisión del tipo objetivo de la infracción, por lo cual puede abarcar un abanico muy amplio de posibilidades, siendo la más leve aquella que resulta de la simple negligencia y siendo la más grave aquella que se desprende de una conducta intencional y voluntaria que implica la concurrencia de dolo[55].

Así, en la Resolución se definió que el mercado relevante que merecía consideración era aquel comprendido en la ruta Guayaquil-Quito entre las fechas 6 de abril y 29 de mayo del año 2009[56]. No obstante, la autoridad debió haber delimitado aún más el mercado a los números de asientos a los cuales se aplicaba el precio bajo. Esto porque, en caso de no hacerlo, al momento de sumar las ganancias totales evidentemente se cubren todos los costos variables y fijos.

Finalmente, del análisis económico que realizó el MIPRO se desprende lo siguiente, principalmente, para la toma de la decisión.

> 1. La participación del mercado por frecuencias asignadas por la Dirección General de Aviación Civil determina que AeroGal tenía el 28% del número de frecuencias, TAME el 23%, Icaro y LAN el 19% cada una, y VIP el 11%. Concluye, entonces, que no cuenta con posición de dominio.
> 2. "El Índice de Dominancia[57] para el año 2005 fue de USD 5.967, para julio de 2009 este índice disminuye a 2.950. Lo que significa una mejor distribución del mercado entre los

53 *Ibídem.*
54 *Cfr. ibídem.*
55 *Ibídem.*
56 El mercado relevante definido se considera correcto en cuanto a las rutas, frecuencias y fechas.
57 "El Índice de Dominancia (ID) fue propuesto en función de disponer de un indicador cuyo resultado dependa del tamaño relativo de las empresas que se concentran y de la estructura particular del mercado. Esto se logra, en tanto el indicador no aumenta cuando se concentran empresas relativamente pequeñas, pero sí lo hace en caso de concentraciones entre empresas relativamente grandes". *Vid*. Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor. *Guía para el Control de las Concentraciones Económicas*, 2001. http://siteresources.worldbank.org/INTCOMPLEGALDB/Resources/501.pdf (acceso: 07/05/2017).

operadores lo que va en beneficio de los consumidores. LAN no posee posición dominante a julio del año 2009, su Índice de Dominancia 355) es inferior a los AeroGal (1.587) y TAME (866)"[58].

3. Durante el periodo en cuestión, la empresa denunciada presentó un nivel de participación por número de pasajeros transportados del 22,2%, mientras que AeroGal era líder con 32,3%[59].

4. La tarifa promocional cubría, efectivamente, los costos fijos de la aerolínea.

5. En cuanto al costo marginal analizado para la determinación de precios predatorios, se calculó a partir del costo variable unitario ($ 3,25); y en cuanto a que la totalidad de las frecuencias programadas por la empresa denunciada se desarrollaron completamente, "los costos variables de vuelo pasaron a ser considerados como costos fijos dentro de este período"[60].

6. Los ingresos de LAN fueron de $ 1'804.330, cuyo 71,2% corresponde a la venta de tarifa normal, y el 28,8% a la tarifa introductoria promocional.

7. Finalmente se hace una acotación de que, al no cumplirse con los elementos de los precios predatorios, los mismos no se configuran en el caso concreto.

Con lo anterior en mente, se propone una figura del derecho civil: el abuso del derecho. El artículo innumerado que sigue al artículo 36 del Código Civil plantea que: "[c]onstituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada o voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico"[61].

El Derecho tiene un fin económico que debe tomarse en cuenta. La propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad económica fueron las bases para el actual modelo económico liberal (que nació en el siglo XIX). La idea principal es una economía que se autorregula bajo las fuerzas del mercado en libre competencia[62]. Entonces, ¿qué sucede cuando el abuso del derecho recae sobre uno de los fines últimos del derecho, el fin económico?

En el caso concreto de LAN en Ecuador, el MIPRO optó por desestimar la pretensión de TAME, argumentando que no era un caso de precios predatorios. Sin embargo, tomando en consideración la figura del abuso del derecho, quedan algunas incógnitas por responder, que serán analizadas a continuación.

Parte del análisis económico que realiza el MIPRO radica en la participación de mercado de cada uno de los actores en la frecuencia Quito-Guayaquil. A pesar de que ninguno de los operadores llega a un porcentaje de 50% o aún de 40%, las proporciones sí muestran cierto poder. Es decir, si bien AeroGal tiene un porcentaje de 28%, TAME de 23% y LAN de 19%, los cuales no llegan al 50% (individualmente considerados) establecido por la jurisprudencia de la Comisión Europea en el caso que tratamos anteriormente, sí son relativamente altos. Con lo expuesto, no se pretende cambiar las disposiciones o parámetros, por el contrario, se busca mirar la realidad del mercado. A simple vista, con estos porcentajes parecería que no hay problema alguno, pero si se compara al uno con el otro directamente, son relativamente cercanos. "[I]ncluso cuando las cuotas de mercado, no acreditan el poder de mercado, o

58 *Ibídem*.
59 *Cfr. ibídem*.
60 *Ibídem*.
61 Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 junio de 2005.
62 *Cfr*. Witker, Jorge. *Introducción al derecho económico*. México: McGraw-Hill, 1999, p. 1.

el efecto anticompetitivo, (…) puede ser importante otro resultado, la identidad de los vendedores de los productos estrechamente sustituibles”[63]. Por lo tanto, el porcentaje que determina la participación y el poder de mercado (entre el 40% y 50% según la jurisprudencia analizada), en este caso debería reducirse para hacer más cercano el análisis a la realidad del mercado, considerando que este, por su naturaleza, no permitiría que los operadores lleguen a tales porcentajes. Con esto, LAN efectivamente tendría poder de mercado, con menos de 10 puntos porcentuales de diferencia comparado con AeroGal. No solo esto, se deben considerar que existen fuertes barreras de entrada, que el consumidor no tiene mucho poder compensatorio ni de negociación con las tarifas ya fijadas por los operadores, y que el tamaño de la empresa en sí es significante. Todo esto lleva a determinar que LAN sí cuenta con poder de mercado[64].

En los mismos estudios y análisis que realiza el MIPRO, se menciona que la participación por número de pasajeros transportados de LAN es de 22,2% y la del líder (AeroGal) es de 32,3%. La diferencia es de menos de 10 puntos porcentuales, lo cual es muy bajo considerando que únicamente existen cinco actores en el mercado relevante. Esto reafirma el punto anterior: el análisis realizado es sesgado y no mira la realidad del mercado.

Es indispensable recordar que las aerolíneas cuentan con capacidad limitada, que se rige o fija de acuerdo con los aviones registrados en el país, las rutas y frecuencias otorgadas por la autoridad de aviación civil, que en el país es la Dirección General de Aviación Civil del Ecuador (en adelante, “DGAC”). Es decir, que el poder de mercado o la participación de mercado de un operador aéreo nunca van a superar la capacidad instalada de la aerolínea, y mucho menos en un periodo tan corto de tiempo.

5. Legislación ecuatoriana

A pesar de que el tema de los precios predatorios y de los precios promocionales no se ha desarrollado profundamente en el Ecuador, existe normativa nacional que trata acerca de ello. No es materia de la legislación establecer parámetros extremadamente precisos, considerando que las prácticas predatorias en realidad no son una práctica tipificada como ilícita *per se*; sin embargo, existe la clasificación de una conducta de abuso de mercado.

En primer lugar, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 335 ha establecido lo siguiente:

> El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.
>
> El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y

63 Schmalensee, Richard. “Standards for Dominant Firm Conduct: What can Economics Contribute?”. *The Economics of Market Dominance*. Nueva York: Ed. Donald Hay y John Vickers. 1987, p. 63. *Vid*. Nuñez Osorio, Maritza Iliana. *El Abuso anticompetitivo bajo el artículo 82 del Tratado CE: rebajas y precios predatorios*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009, p. 67.

64 Comisión Europea. *Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases)*. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html, 2013 (acceso: 07/05/2017).

> oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal[65].

Por su parte, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado prescribe:

> Art. 9.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:
>
> 4. La fijación de precios predatorios o explotativos[66].

En la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre las Normas de Promoción y Protección de la Libre Competencia Andina se menciona, en su artículo 8: "Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado: a) La fijación de precios predatorios"[67].

La legislación sanciona o cataloga como ilegítima la reducción de precios por no tener ningún propósito legítimo de negocios, esto según el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Poder de Mercado del Ecuador, donde prescribe que es abusiva la práctica que impide, restringe, falsee, distorsione la competencia, o afecte la eficiencia económica o bienestar del consumidor. Ahora bien, la presunción de la existencia de precios predatorios es algo controversial. Se plantea esta idea tomando en consideración que la utilización de precios promocionales es común defensa o justificación cuando se acusa de implementación de precios predatorios[68]. Entonces, se cuestiona el tema de la presunción, porque en el caso de que en realidad se esté haciendo uso de precios promocionales, puede esto ser confundido y finalmente sancionado como precio predatorio.

6. Los precios predatorios y los precios promocionales en el caso ecuatoriano

Como se manifestó en un inicio, a pesar de que el enfoque está en los precios predatorios, la contraposición de estos con los precios promocionales permitirá analizar más a profundidad el tema de la predación.

> Dos características típicas de los mercados competitivos son: (1) los precios tienden a igualar a los precios marginales, no obstante en algunos mercados los precios pueden estabilizarse en un punto más alto; y (2) bajando el precio a menos del costo marginal no es una forma razonable para que una empresa pueda incrementar sus ingresos – a menos que el incremento presente sea igual al precio futuro del precio monopólico o es usado con finalidades promocionales[69].

---

65 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 del 20 octubre de 2008.

66 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 9 numeral 4. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 octubre de 2011.

67 Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre las Normas de *Promoción y Protección de la Libre Competencia Andina* (2005).

68 *Cfr*. International Competition Network, The Unilateral Conduct Working Group. *Report on predatory pricing*. *Óp. cit*., p. 3.

69 Traducción libre. Wagle, M. Steven. *Predatory pricing, a case study: Matsushita Electric Industries Co. v. Zenith Radio Corporation*. *Óp. cit*., p. 8.

En principio, la intención promocional no constituye un precio predatorio, así como se ha manifestado en la jurisprudencia colombiana en la Sentencia 103/2010 del TDLC, que indica lo siguiente:

> […] las ventas bajo el costo que se efectúen a fin de promocionar un producto y siempre que duren un corto período, no son per se contrarias a la libre competencia, pero cuando estas ventas se hacen persistentes y se utilizan como un medio para excluir competidores, pueden constituir un arbitrio que limite la competencia". Como se puede apreciar, el **Tribunal establece un requisito: la temporalidad**. Esto es absolutamente entendible, pues de no ser así, una empresa podría encubrir una política permanente de precios bajo el disfraz de ser una promoción (énfasis añadido)[70].

Los precios promocionales se diferencian de los predatorios por un elemento de temporalidad y por los costos. Inclusive se crea una suerte de excepción en el test de Areeda-Turner, donde manejarse con un precio inferior al coste marginal a fin de promocionar temporalmente o para llegar a un precio semejante al de la competencia no son considerados como predios predatorios[71]. Sin embargo, tal cual el punto dos de este artículo sobre las características típicas de un mercado competitivo, no se mira como "razonable" el bajar a tal punto los precios. Entonces, para justificar esta baja de ganancia, o incluso trabajar a pérdida, el operador debería en cierto momento recuperar lo que perdió. De otra forma carecería totalmente de la eficiencia que se requiere para que un competidor permanezca en la lucha.

Se ha dejado claro que confundir precios predatorios con alguna práctica competitiva lleva a inhibir la competencia de precios en la economía, y además podría incluso incrementar la concentración en el futuro[72].

> [L]os descuentos también podrán ser utilizados con una finalidad predatoria, buscando de esta forma eliminar a uno o varios competidores del mercado. Sin embargo, el carácter excepcional de los descuentos promocionales, que es la práctica objeto de estudio en esta investigación, excluye la posibilidad de enjuiciarlos como conductas predatorias, puesto que los mismos tienen una duración bastante limitada. En cambio, toda estrategia de predación debe mantenerse de manera prolongada en el tiempo, para que así tenga éxito[73].

Por lo mismo, mientras más perdura en el tiempo la práctica predatoria, más incrementan las barreras para reingresar al mercado por parte de los que fueron expulsados. Entonces, cuanto más complicado sea que un competidor eliminado o aminorado vuelva a la competencia, más gravosa debería ser la sanción para el operador predador[74]. Todo esto se materializa en una afectación al bienestar del consumidor y en una afectación a la competencia.

Que no se configuren los elementos de los precios predatorios es la manera de mantener al margen de la legalidad las estrategias competitivas de las aerolíneas. Al ser el elemento subjetivo el más difícil de probar, muchas veces se configura el mismo por medio de los

---

70 *Cfr*. Tepper, Richard. *Criterios jurisprudenciales y doctrinales en la calificación de un precio como predatorio*. *Óp. cit*., p. 9.

71 *Cfr*. Organization for economic co-operation and development. *Predatory pricing*. *Óp. cit*., p. 5.

72 *Cfr*. *ibídem*.

73 Palau, Felipe. *Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio*. *Óp. cit*., p. 5.

74 *Cfr*. Santos, Oswaldo. *Análisis de los fundamentos económicos de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Tesis de grado. Universidad Técnica Particular de Loja, Quito, 2012, p. 54.

elementos objetivos[75]. Inclusive, a pesar de que la práctica predatoria es ilegal, muchas veces las empresas incurrirán de igual manera en estas conductas con tres objetivos. Primero, construir una reputación; segundo, crear barreras más grandes; y tercero, que mercados que podían crecer se vean estancados o carentes de crecimiento[76].

7. Conclusiones

Respondiendo a la pregunta inicial, con respecto a la posibilidad de que los precios promocionales constituyan o no precios predatorios, se puede decir que los precios promocionales de las aerolíneas se mantienen dentro del marco legal cuando se verifican las siguientes condiciones: primero, cuando no se perpetúan en el tiempo; segundo, cuando mantienen una intencionalidad de mejorar ventas; y tercero, cuando son ejercidos como una práctica competitiva que lleva únicamente a la eliminación de los operadores no eficaces. Caso contrario, los precios bajos promocionales podrían constituir una práctica predatoria; sin embargo, las prácticas predatorias no contienen a los precios promocionales.

En el caso ecuatoriano es posible evidenciar la influencia de los precedentes de la Unión Europea para adoptar una resolución; además, se hace alusión a la intención que únicamente se toma en consideración en el sistema norteamericano[77]. Por lo tanto, para que se configure la conducta predatoria, la empresa debe tener poder de mercado y realizar un sacrificio a corto plazo con la intención de eliminar a la competencia o crear una barrera para que otros entren. Lo anterior, con el fin, a largo plazo, de recuperar la pérdida generada e inclusive ganar utilidades mucho más grandes, lo que causa un daño al bienestar del consumidor.

Los precios predatorios se pretenden justificar legalmente como precios promocionales o introductorios. En cuanto a la lucha de eficiencia y méritos, el precio promocional no es una forma muy razonable para que una empresa incremente sus ingresos porque, eventualmente, podría llegar a ser menos eficiente que los competidores que quiere eliminar. Es decir que, en lugar de eliminar al menos eficiente, el operador que baja sus precios podría convertirse él mismo en el competidor menos eficiente. Más aun, puede amenazar la supervivencia de competidores igual de eficientes, descartartando igualmente el tema de que es el menos eficiente el que se elimina.

La Resolución del MIPRO se basa en que el elemento objetivo no se cumple, por lo tanto, no es un caso de precios predatorios. Pese a esto, y de acuerdo con lo expuesto, el poder de mercado es real, aunque no evidente dentro de los parámetros regulares de medición. La realidad del mercado aeronáutico muestra ciertas particularidades que no pueden dejarse de lado, mucho menos en un caso como el presente. Debe mirarse, indispensablemente, la realidad del mercado para poder determinar la existencia de una práctica ilegítima.

---

75 Recordamos al lector que el elemento objetivo es la posición dominante o poder de mercado, mientras el elemento subjetivo involucra la intención del operador para la comisión de la infracción.

76 Palau, Felipe. *Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio. Óp. cit.*, p. 5.

77 Toma en conjunto elementos planteados tanto en el ámbito europeo como en el norteamericano.

La posición que toma LAN al ingresar al mercado ecuatoriano es bastante problemática, y la defensa propuesta por la aerolínea, discutible. La defensa obvia de los precios predatorios es el tema promocional. Sin embargo, la Resolución finalmente rompe con todo parámetro del fin económico del derecho, constituyendo abuso del derecho, que a pesar de ser una figura del derecho civil puede ser trasladada al área de la competencia. La libre competencia vela por eso mismo, que se defina por méritos quién permanece en el mercado; pero en este caso, no se trató de una cuestión de mérito.

La defensa de LAN y lo que finalmente dictaminó el MIPRO abren la puerta a una amplia justificación de prácticas predatorias dentro del sistema ecuatoriano. Se defienden prácticas que atentan contra la competencia con base en figuras que en teoría no se cuestionan por ser consideradas como leales. Se pierde entonces el enfoque económico del Derecho como facilitador de las operaciones de mercados libres.

El operador entrante, para finalmente ser eficiente, se convierte en predador. ¿O siempre lo fue?

Compliance: su evolución y desafíos en Ecuador ¿hacia dónde ir?

Bernarda Muriel Bedoya,
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: bmuriel@estud.usfq.edu.ec

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen

La práctica de *compliance* en los últimos años ha tomado fuerza a nivel mundial como un mecanismo de control. El cumplimiento de políticas anticorrupción es un factor determinante cuando inversores extranjeros deciden o rehúsan su ingreso a un país. La seguridad y la transparencia garantizadas por programas de cumplimiento normativo juegan un papel primordial en un contexto global. Ecuador no se puede apartar de esta tendencia mundial y, como ecuatorianos, es importante conocer en qué consiste esta práctica, sus utilidades y el estado actual de nuestro país en dicha rama. Por ello, con el objeto de analizar la figura de *compliance* en el Ecuador, y las dispersas normas que se encuentran inmersas en sus diferentes cuerpos normativos, el presente trabajo se estructurará de la siguiente manera: en primer lugar, se analizará la definición *compliance* y su importancia. En segundo lugar, se expondrá su origen en Estados Unidos y las causas que llevaron a la adopción de un mecanismo de regulación de prácticas anticorrupción. En tercer lugar, se realizará un breve acercamiento a *compliance* en América Latina. En cuarto lugar, se presentará la situación en el Ecuador respecto a la práctica de *compliance*, y las áreas que actualmente están reguladas en este territorio. Continuando, se analizará el trayecto que nuestro país todavía debe recorrer en la ya mencionada área, para finalmente evaluar la necesidad de políticas anticorrupción, y sus beneficios dentro de una empresa.

Palabras clave

Anticorrupción, Comisión de Bolsa y Valores, corrupción, crimen organizado, cumplimiento normativo, Estado, gobierno corporativo, Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, soborno, transparencia.

Compliance: its evolution and challenges in Ecuador, where to go?

Abstract

The practice on compliance in recent years has gained greater strength worldwide as a mechanism of control. The fulfillment of anti-corruption policies is an essential factor for foreign investors when deciding whether to entry a country or not. Security and transparency levels guaranteed

by compliance programs play a key role in global context. Ecuador cannot stand aside from this global trend and undeniable necessity. Therefore, as Ecuadorians, it is important to know what this practice involves, the utilities it has, and the current status of our country in this field. In order to analyze the figure of compliance in Ecuador and the lack of a legal body that sums up the applicable rules for corruption and its sanctions, this paper will have the following structure. In first place, the concept of compliance and its importance will be explained. Next, the origin of this practice in the United States will be exposed; taking into consideration the most relevant events that caused the implementation of an anti-corruption law. In third place, Latin America's background will be displayed regarding anti-corruption policies. Additionally, the actual status of compliance in Ecuador will be showed, and the areas that nowadays are regulated. Finally, an evaluation of the requirement of anti-corruption policies will be held, and the benefits an enterprise can receive for its implementation.

Keywords
Anti-corruption, bribery, Compliance, corporative government, corruption, State, Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), organized crime, transparency, Securities and Exchange Commission (SEC).

1. Introducción

La práctica de *compliance* nace en el derecho anglosajón, mediante la promulgación en Estados Unidos de la *Foreign Corrupt Practices Act* (en adelante *FCPA*) o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, en español, el 20 de diciembre de 1977[1]. Desde entonces, Estados Unidos se dedicó a implementar campañas para que otros países adopten normas similares para expandir los límites que alcanzaba la *FCPA*. Es así que ahora las políticas anticorrupción han sido acogidas en todo el mundo, incluida América Latina.

El también denominado "cumplimiento normativo" ha tomado mayor transcendencia en las dos últimas décadas dado que la corrupción se mantiene latente en la conciencia colectiva, debido a dos variables:

> Por una parte, el mayor número de intercambios comerciales y, por otra, el mayor volumen de información sobre las actividades comerciales y políticas a nivel nacional e internacional. Las dos juntas provocan una percepción de que la corrupción es omnipresente. Y ambas están vinculadas a un proceso de transformación sistémica que conocemos por globalización[2].

Las probabilidades de un país, como de compañías extranjeras, de verse vinculado a escándalos de corrupción se incrementan por el aumento de relaciones internacionales. De hecho, son varios los casos en que América Latina se ha visto inmersa en problemas con compañías estadounidenses. Además, dentro de cada país también se han presenciado casos de corrupción

1 Kaikati, Jack G. *et al*. "The Price of International Business Morality: Twenty Years Under the Foreign Corrupt Practices Act". *Journal of Business Ethics*. Volumen 26, No. 3. Springer (2000), p. 213. Traducción libre.

2 López Pagán, Juana y Villoria, Manuel. *Globalización, corrupción y convenios internacionales dilemas y propuestas para España*. Madrid: Real Instituto Elcano, 2009, p. 2.

que envuelven tanto a empresas públicas como privadas. Ecuador no es una excepción respecto de la influencia de la globalización, siendo así un Estado que ha implementado estrategias para penar conductas delictivas, fraudes, engaños y prácticas desleales. Sin embargo, pese a su interés por combatir la corrupción y tratar de erradicar sus diferentes formas de manifestación, no se han llenado ciertos vacíos. Ello, en razón de que no existe un cuerpo normativo que recopile todas las reglas y sus correspondientes sanciones; y debido a que no se ha previsto regulación alguna sobre temas peculiares como el *lobby* [*Infra* §5.1.D].

Adicionalmente, el "cumplimiento corporativo" ha tomado mayor trascendencia ya que no solo es un requisito legal para fomentar el desarrollo de actividades de forma responsable, sino que además constituye el eje central para construir una cultura empresarial íntegra. Esta se encuentra basada en seguridad mediante programas de prevención de responsabilidad administrativa, civil o penal.

El propósito de este artículo es exponer el régimen de *compliance* y abrir las puertas a un análisis comparado mediante el estudio de su historia, evolución, y el estado de esta práctica en Ecuador; para así dar luces al lector sobre qué pasos deben tomarse en el futuro y las consideraciones que deben ser realizadas en esta área.

2. ¿Qué es *compliance* y por qué es importante?

Compliance es el conjunto de políticas y estrategias previstas por cada empresa para prevenir, detectar y evitar prácticas de corrupción dentro de su estructura[3]. Asimismo, prevé procedimientos para: (i) sancionar la falta de conductas leales, transparentes y éticas; y (ii) encontrar a la(s) personas responsable(s) (naturales o jurídicas)[4]. El fin buscado es el cumplimiento de normas y regulaciones establecidas tanto por el Estado como por estándares internaciones que buscan luchar contra la corrupción.

La implementación de regulaciones por parte del Estado se debe a que este es el encargado de diseñar un marco regulatorio y los lineamientos pertinentes para sancionar conductas delictivas que afecten al sistema; y, de igual manera, es su responsabilidad fortalecer sus instituciones, además de involucrarse activamente con organismos que trabajen por el mismo objetivo.

Es primordial que los Estados consideren la importancia de erradicar la corrupción, pues se ha demostrado que existe una relación proporcional inversa respecto al índice de corrupción y a la inversión extranjera en cada país. Es decir, cuando el índice de corrupción es mayor, el nivel de inversión extranjera desciende[5]. La práctica de *compliance* no solo beneficia al Estado, sino a la población en general y a *stakeholders* o terceros; trae consigo beneficios para aquellas empresas que contemplan estas políticas dentro de su organización, pues supone un mejor desempeño institucional, un mejor servicio brindado, y un estándar más alto de seguridad y confianza, lo

3 *Cfr*. Corporate Compliance, Committee ABA Section of Business Law. "Corporate Compliance Survey". *The Business Lawyer*. Vol. 60, No. 4 (2005), p.1759. Traducción libre.
4 *Ibíd*.
5 *Cfr*. Mauro, Paolo. "Corruption and Growth". *The Quarterly Journal of Economics*. Volumen 110, Número 3. Oxford Journals (1995), p. 682. Traducción libre.

cual genera a su vez mayor prestigio.

Por estas razones, lo que empezó siendo un mecanismo para sancionar actos de corrupción realizados por personas (naturales o jurídicas) que posean relación directa con Estados Unidos en el extranjero, ha dado un giro. Ahora no se contemplan únicamente delitos como el soborno, sino que también existen regulaciones que abarcan terrorismo, lavado de activos, malversación de fondos, competencia, manejo y protección de datos personales, entre otros.

3. Origen de *compliance*

La figura de *compliance* nació ya hace más de treinta años en Estados Unidos con la firma del presidente Jimmy Carter[6] de la FCPA[7]. Esta ley tenía dos objetivos[8]: (i) sancionar a personas (naturales o jurídicas) que provean cualquier pago, promesa o recompensa a un oficial del gobierno extranjero por obtener o retener un negocio[9]; (ii) sancionar a organizaciones que realicen pagos a un tercero, sea este intermediario, agente o contratista, sabiendo que para obtener cierto beneficio le pagaría de igual manera a un oficial del gobierno extranjero[10].

Los motivos por los cuales se adoptó esta Ley encuentran fundamento en varios incidentes suscitados en la década de los setenta. En primer lugar, el escándalo Watergate, que tomó lugar el 17 de junio de 1972, cuando el complejo de oficinas Watergate del Comité Nacional del Partido Demócrata en Washington DC fue irrumpido por cinco hombres que posteriormente fueron arrestados. Este solo fue el inicio de un gran escándalo que dos años más tarde, el 9 de agosto de 1974, haría que el presidente Richard Nixon dimitiera de su cargo, y fuera el primer Presidente de los Estados Unidos en renunciar a esta dignidad[11].

Mediante la obtención de grabaciones que Nixon mantenía de sus conversaciones, se pudo comprobar que no solo había obstruido la justicia impidiendo que los cinco acusados confiesen; además, se corroboró que tanto él como sus colaboradores realizaban espionaje telefónico, fraude en campañas electorales, entre otros delitos. Sin embargo, Richard Nixon no fue apresado, por el indulto que Gerald Ford[12] le otorgó. Las implicaciones de sobornos en este suceso hicieron que la credibilidad en el gobierno se perdiese. Adicionalmente, fueron varias las instituciones y funcionarios que se vieron comprometidos en este escándalo, tales como la CIA y el FBI. Este

6 Jimmy Carter ocupó la Presidencia de los Estados Unidos desde el 20 de enero de 1977 hasta el 20 de enero de 1981.

7 Las sanciones previstas por el FCPA son de carácter tanto penal como civil. *Vid*. Rubin, Nora A. “A Convergence of 1996 and 1997 Global Efforts to Curb Corruption and Bribery in International Business Transactions: The Legal Implications of the OECD Recommendations and Convention for the United States, Germany, and Switzerland”. *American University International Law Review*. Volumen 14, No. 1, (1998).

8 Adicionalmente, esta Ley exigía que las empresas que hubieran emitido y registrado títulos valores bajo la Security Exchange Act of 1934, o Ley de Bolsa y Títulos Valores de 1934, mantuvieran registro contable y detallado de sus actividades nacionales y extranjeras.

9 *Cfr*. Geroe, Michael R. “Complying with the U.S. Antibribery Laws”. *The International Lawyer*. Volumen 31, No. 4. American Bar Association (1997), p. 1037. Traducción libre.

10 *Cfr*. McGreal, Paul E. “Corporate Compliance Survey”. *The Business Lawyer”*. Volumen 65, No. 1. American Bar Association (2009), p. 193. Traducción libre.

11 Ritchie, Donald A. “Investigating the Watergate Scandal”. *OAH Magazine of History*. Volumen 12, No. 4. Oxford University Press on behalf of Organization of American Historians (1998). Traducción libre.

12 Ford fue vicepresidente desde el 6 de diciembre de 1973 hasta el 9 de agosto de 1974. Desde esta última fecha hasta el 20 de enero de 1977 ejerció el cargo de Presidente de los Estados Unidos.

escándalo marcó un precedente para la adopción de políticas anticorrupción. Sin embargo, no fue el único ni el último.

En segundo lugar, se encuentra el Caso Lockheed y las pertinentes investigaciones de la Comisión de Bolsa y Valores como respuesta a estas irregularidades. La mencionada compañía aeronáutica norteamericana se vio inmersa en varios escándalos por sobornos en la década de los setenta. En 1975, la firma admitió haber pagado la suma de $ 22'000.000 a organizaciones políticas internacionales y a sus oficiales, entre 1972 y 1974, para asegurar contratos internacionales[13]. El fundamento utilizado demostró la falta de ética y transparencia con que la compañía aeronáutica Lockheed había actuado, pues afirmó que: "dichos pagos son consistentes con las prácticas adquiridas por numerosas compañías en el extranjero, incluyendo varias compañías competidoras de Lockheed, que siguen manteniendo relaciones comerciales en el exterior"[14].

Este caso tuvo gran impacto debido a que era el primero en ser tratado bajo la FCPA, y además porque involucraba a países como Japón, Italia y Países Bajos. En 1979, la compañía se declaró culpable de haber sobornado a funcionarios gubernamentales de Japón, para incrementar las ventas, por lo que fue multada con $647 000. Los abogados de la corporación Lockheed admitieron también haber pagado a políticos japoneses e incluso al primer ministro[15]. El caso en cuestión ejemplifica el contexto histórico, económico y social que se vivía en la década de los setenta en el mundo: una ola de corrupción basada en sobornos para obtener beneficios de índole personal y corporativo.

Simultáneamente, se llevaban a cabo investigaciones por parte de la Comisión de Bolsa y Valores (*Securities and Exchange Commission,* en adelante SEC) respecto a las prácticas comerciales internaciones americanas en los períodos de 1974 y 1976[16]. En 1977, como resultado de la investigación se obtuvo un extenso reporte en donde se cuestionaban varios pagos a funcionarios extranjeros. Así, más de cuatrocientas compañías y corporaciones "admitieron haber realizado pagos cuestionables o ilegales por un monto superior a $300 millones de dólares"[17].

Estas afirmaciones demostraron que, por la globalización y el incremento de relaciones contractuales con corporaciones estadounidenses, era primordial que se tenga pleno conocimiento sobre las sanciones previstas por la ley norteamericana[18]. A su vez, se confirmó la necesidad por parte de los Estados de promulgar normas para controlar y tratar de erradicar la corrupción en el comercio internacional. Asimismo, se evidenció la importancia que tiene la implementación de regulaciones en contra de la competencia desleal o *anti-trust*.

En tercer lugar, la adopción de la FCPA se debe al ánimo de incrementar las medidas de control de corrupción en cualquier forma de manifestación como el terrorismo. El atentado del 11 de

13 *Cfr*. Bray, John. "*Companies, Corruption and Competition*". *The World Today*. Volume 54, No. 8/9. Royal Institute of International Affairs (1998), p. 223. Traducción libre.

14 *Ibíd*.

15 Babcock, Charles R. "Guilty Plea is Entered by Lockheed". *The Washington Post*. 2 de junio de 1979. https://goo.gl/rkLq9o (acceso:15/07/2016). Traducción libre.

16 *Cfr*. Kaikati, Jack G, Sullivan, George M., *et al*., Óp. cit., p. 213. Traducción libre.

17 *Ibíd*.

18 Geroe, Michael R. *"Complying with the U.S. Antibribery Laws"*. Óp. *cit*., p. 1038. Traducción libre.

septiembre de 2001 marcó un nuevo punto de partida ya que constituyó el primer evento por el cual se evidenció la afectación a la estabilidad mundial. Como respuesta a ello, las entidades y organizaciones internacionales vieron la necesidad y obligación de implementar medidas de seguridad urgentes con el fin de evitar una reincidencia[19].

4. Un acercamiento a Latinoamérica

América Latina siempre se ha visto influenciada por las medidas adoptadas por Estados Unidos. Es así que la práctica de *compliance* y políticas anticorrupción en esta zona se encuentra vinculada a las estrategias propuestas por Estados Unidos durante varios años. En las últimas décadas, Latinoamérica ha desarrollado mecanismos y ha implementado leyes para combatir la corrupción y tratar de erradicarla[20]. Sin embargo, a lo largo de esta sección se evidenciará que en la actualidad América Latina tiene un largo camino por recorrer.

Si bien han existido mejoras regionales, ninguno de los veintiséis países que conforman Latinoamérica alcanza un lugar dentro de los diez primeros puestos con menor índice de corrupción en el mundo[21]. El país mejor puntuado de la región es Uruguay, que ocupa el vigésimo primer puesto, con una calificación de 74 puntos[22]. Mientras que el país latinoamericano con la calificación más baja es Venezuela, que obtuvo 8 puntos, y el puesto número 158. Esto refleja la importancia de las estrategias de control de anticorrupción implementadas por el Estado. Además, demuestra la necesidad de prácticas de cumplimiento corporativo dentro de las empresas que funcionan en cada uno de estos países, para así obtener mejores resultados.

4.1. Origen

Las políticas anticorrupción en América Latina encuentran sus inicios en la década de los noventa, por dos eventos fundamentales. La Convención Interamericana Contra la Corrupción y, como antecedente, en 1977 las medidas adoptadas por las naciones que forman la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OECD).

En primer lugar, la adopción de la Convención Interamericana Contra de la Corrupción, en Caracas, Venezuela, en marzo de 1996[23]. Esta se promulgó mediante la Convención de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA)[24], firmada por 22 de los 35 miembros de la Organización. Fue ratificada posteriormente por países como Bolivia, Costa Rica, Ecuador,

19 *Cfr*. Kaikati, Jack G. *et al*., Óp.cit., p. 213. Traducción libre.
20 *Vid*. Serrano Espelta, Pedro H. *et al*. *Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Grupo Interamericano de la práctica de compliance. Primera ed. Bogotá: Brigard & Urrutia Abogados, 2015.
21 Transparencia Internacional. Índice de *Percepción de la Corrupción 2015*. http://goo.gl/cNqvga. (acceso: 25/07/2016).
22 Se debe tomar en consideración que son 167 el número total de puestos, y 100 la calificación más alta.
23 *Cfr*. Kaikati, Jack G. *et al*., Óp. cit., p. 219. Traducción libre.
24 La OEA fue creada en 1948, mediante la suscripción de la Carta de la OEA en Bogotá, Colombia, y entró en vigencia en 1951. El artículo 1 de la Carta de la OEA establece que su objetivo principal es lograr en sus Estados miembros “un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”.

Estados Unidos, México, Paraguay, Perú, Venezuela, entre otros[25]. Así, la OEA fue la primera entidad multilateral en firmar una Convención de tal magnitud en esta materia[26]. Estableció de manera clara sus propósitos en el artículo 2, los cuales son:

> 1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y
> 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio[27].

La Convención también contempla como obligación la adopción de leyes y normas respecto a sobornos de oficiales extranjeros. Este evento constituye un antecedente importante, puesto que así dicho acto se convertía en un crimen con jurisdicción nacional. Además, encaminaba a los gobiernos a manejar el tema de la corrupción de una manera más efectiva[28].

Con el fin de dar cumplimiento a la Convención mencionada, el 4 de junio de 2001 en San José, Costa Rica, se adoptó el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante, MESICIC), que empezó a operar en enero de 2002[29].

El segundo antecedente se dio en 1997, como consecuencia de una constante insistencia por parte de Estados Unidos a la OECD para adoptar medidas similares al FCPA[30]. Fueron 34 los Estados parte de la Convención de OECD que aceptaron promulgar leyes y adoptar normas que prohíban el pago de sobornos a autoridades en otros países. De igual manera, de ser detectado un delito de esta índole, podría ser perseguido por la ley penal de cada país[31].

4.2. Casos en Latinoamérica relacionados con la FCPA

A. Ralph Lauren Polo

La marca multinacional se vio inmersa en escándalos de corrupción en Argentina entre los años 2012 y 2013: la compañía aceptó haber pagado a personal del gobierno y funcionarios aduaneros para poder agilizar la importación de mercadería[32].

Entre 2005 y 2009, la empresa, además de sobornar a personal del Estado por sumas que llegaban a $ 593 000, también reconoció haber hecho regalos con productos de la marca[33]. Debido a

25 *Cfr*. Rubin, Nora A. "A Convergence of 1996 and 1997 Global Efforts to Curb Corruption and Bribery in International Business Transactions: The Legal Implications of the OECD Recommendations and Convention for the United States, Germany, and Switzerland". Óp. cit., p. 282. Traducción libre.
26 *Ibíd*.
27 Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996). Artículo 2.
28 *Cfr*. Kaikati, Jack G. *et al*., Óp. cit., p. 219. Traducción libre.
29 *Ibíd*.
30 *Id*., p. 218.
31 Transparency International. *Who we are: A new Convention,* 1997. http://goo.gl/xzYYiG (acceso: 25/07/2016). Traducción libre.
32 Baron, Ana. "Ralph Lauren dijo que pagó coimas para entrar productos". *Clarín*. 22 de abril de 2013. http://goo.gl/KmjdYP (acceso: 23/07/2016). Traducción libre.
33 *Cfr*. Lattam, Petter. "Ralph Lauren Corp. Agrees to Pay Fine in Bribery Case". The Daily Book, *The New York Times*. 22 de abril de 2013. http://goo.gl/nH56tH (acceso: 24/07/2016). Traducción libre.

su colaboración en el proceso, la empresa llegó a un acuerdo con el Departamento de Justicia de Estados Unidos y la Comisión de Bolsa y Valores: su multa ascendió a $ 1 600 000, sin necesidad de ser procesada. A raíz de estos eventos, la marca cerró sus establecimientos en Argentina[34]. La Fiscalía aseveró que durante ese lapso de cinco años, la empresa filial no poseía un programa de *compliance* y que no había previsto capacitaciones a sus empleados sobre políticas anticorrupción y la importancia de no someter su conducta a prácticas inusuales[35]. De tal manera, es innegable la diferencia que podría haber marcado el tener políticas de cumplimiento normativo dentro de la empresa, ya que los empleados no hubieran actuado fuera del margen de la Ley y mucho menos comprometido a la compañía misma.

B. PetroTiger

Otro caso emblemático en la región es el de PetroTiger, que envuelve tanto a la jurisdicción estadounidense como a la colombiana. Joseph Sigelman, uno de los directivos de la compañía PetroTiger, pagó la cantidad de $ 333 500 en sobornos a funcionarios de la compañía estatal colombiana Ecopetrol S.A., a cambio de la adjudicación de un contrato de servicios petroleros avaluado en $ 39 000 000[36].

Sigelman también fue acusado de obtener comisiones de $ 239 000 por parte de una empresa adquirida por PetroTiger, en razón de ofrecerle a la compradora precios más altos[37]. Si bien el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores decidieron no presentar cargos en contra de PetroTiger, Sigelman sí fue juzgado por la justicia estadounidense.

En cuanto al funcionario que recibió el dinero, David Durán, fue condenado a 16 años de prisión, y su esposa, Elgui Hohanna, a siete años tras un preacuerdo con la Fiscalía en noviembre de 2016[38].

C. Walmart

Las investigaciones de corrupción en Latinoamérica respecto a esta compañía tienen relación con dos países: México y Argentina. En México, la red de corrupción y sobornos que manejaba esta empresa con funcionarios públicos se dio a conocer el 12 de abril de 2012, con la publicación de un artículo[39] en *The New York Times*. Se estableció que la compañía[40] había gastado alrededor de $ 24 000 000 en una campaña de sobornos para poseer el dominio del merca-

34 *Ibíd*.
35 Sainz, Alfredo. "Ralph Lauren admitió el pago de coimas en el país". *La Nación*. 2 de agosto de 2012. http://goo.gl/swCMxb. (acceso: 23/07/2016).
36 *Cfr*. Schectman, Joel. "PetroTiger Bribery Trial Halted as Former CEO Pleads Guilty". *The Wall Street Journal*. 15 de junio de 2015. http://goo.gl/MahMHX (acceso: 25/07/1016). Traducción libre.
37 Schectman, Joel. "Prosecutors Begin Case Against PetroTiger Defendant". *The Wall Street Journal*. 2 de junio de 2015. http://goo.gl/A3YJmH (acceso: 24/07/2016). Traducción libre.
38 El Universal. "Condenan a 16 años de cárcel a exdirectivo de Ecopetrol por caso Petotiger". 9 de noviembre de 2016. http://www.eluniversal.com.co/colombia/bogota/condenan-16-anos-de-carcel-exdirectivo-de-ecopetrol-por-caso-petrotiger-239747 (acceso: 05/05/2017).
39 El artículo se denomina "Vast Mexico Bribery Case Hushed Up by Wal-Mart After Top-Level Struggle", y por este sus autores, David Barstow y Alejandra Xanic von Bertrab, recibieron el premio Pulitzer en 2013.
40 La Compañía habría reconocido de manera voluntaria que podía haber la posibilidad de violaciones al *FCPA*.

do, mediante la obtención de permisos para construir diecinueve nuevos establecimientos[41]. En 2015, *The Wall Street Journal* afirmó que en este caso solo se prevería una multa, ya que no existían pruebas contundentes para imponer una pena. La misma fuente estableció que a raíz de la publicación del artículo de *The New York Times*, las acciones de Walmart descendieron un 5%, lo que en su valor de mercado representó $ 10 000'000 000. Mientras que las acciones en su filial de México se vieron afectadas en un 12%[42]. Después de cuatro años de investigación, la última noticia que se tiene es que la compañía rechazó pagar los $ 600.000 millones propuestos por la SEC[43].

Las investigaciones pertinentes llevaron a que otras filiales fueran investigadas, de modo que China, India y Brasil fueron vinculadas a prácticas ilegales. La finalidad de los sobornos realizados en México y Brasil era la misma: obtener de manera "ágil" permisos de construcción y funcionamiento[44].

La suma destinada para sobornos entre 2009 y 2012 bordea los $ 500 000. Actualmente, no se conoce si este escándalo y las investigaciones del caso han llevado a una disminución de su precio en el mercado en Brasil. No obstante, los cuestionamientos acerca de la conducta ética de la compañía continúan. Esto, pese a los intentos de Walmart de comunicar que una de las prioridades de la empresa es cumplir las normas de *compliance*, y en virtud de ellas ha emprendido investigaciones internas[45].

Sin embargo, de haber previsto políticas de *compliance* dentro de sus empresas, habrían sabido que estas no se verían afectadas únicamente por los procesos judiciales iniciados en su contra. Como se expuso, las consecuencias tienen un impacto respecto al prestigio de la compañía y el avalúo que le da el mercado.

Existen otros casos que merecen ser tratados para evidenciar la relación que tiene la *FCPA* con la corrupción en América Latina. Casos como *Odebrecht* o *Fifa-Gate* siguen bajo investigación, y al no contar con información oficial, estos serán sujetos de análisis en otro momento.

5. Ecuador

La legislación en Ecuador que contempla medidas de control frente a la corrupción se encuentra dispersa en varios cuerpos normativos, reglamentos y resoluciones provenientes de diferentes entes. Por ello, al no poseer un único instrumento que contemple estas conductas ilícitas ni un instructivo de cómo proceder, se debe analizar por separado las áreas reguladas.

---

41 Barstow, David., Xanic von Bertrab, Alejandra. "Vast Mexico Bribery Case Hushed Up by Wal-Mart After Top-Level Struggle", *The New York Times*. 14 de abril de 2012. http://goo.gl/hC9PBA (acceso: 24/07/2016)

42 En el caso de Brasil, era para la apertura en Brasilia, ciudad capital. *Cfr*. Barret, Devlin, Viswantha, Aruna. "Wal-Mart Bribery Probe Finds Few Signals of Major Misconduct in Mexico". *The Wall Street Journal*. 29 de octubre de 2015. http://goo.gl/ria0qE (acceso:26/07/2016).

43 El Financiero. "Wal-Mart rechaza pagar multa por presuntos sobornos en México". 06/10/2016. http://www.elfinanciero.com.mx/empresas/wal-mart-rechaza-pagar-multa-por-presuntos-sobornos-en-mexico.html. (acceso: 05/05/2017).

44 *Cfr*. Cruz, Iván. "Walmart: New Investigations for Corruption Abroad". *Abastomedia*. 25 de noviembre de 2005. http://goo.gl/81dzBF (acceso: 24/07/2016). Traducción libre.

45 *Cfr*. Nassauer, Sarah., Viswanatha, Aruna. "U.S Probes Wal-Mart Misconduct in Brazil". En *The Wall Street Journal*. 24 de noviembre de 2015. http://goo.gl/kKCiqk (acceso: 24/07/2016). Traducción libre.

A continuación se analizará tanto la normativa internacional como la nacional que ha adoptado el Ecuador en cada una de estas áreas, aplicándolas a cada caso en concreto.

5.1. Áreas reguladas

A. Anticorrupción

Con el fin de evitar que se den casos de soborno a funcionarios públicos por parte de personas (naturales o jurídicas), se ha implementado normativa en los últimos 15 años a escala tanto nacional como internacional[46]. Los parámetros internacionales se encuentran regidos por la Convención Interamericana contra la Corrupción [*Supra* §4.1] y por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[47]. Ambas convenciones tienen como propósito fortalecer las medidas para luchar contra la corrupción, y la adopción de estrategias para prevenirla. Adicionalmente, se contempla la necesidad de cooperación internacional en esta materia, así como la obligatoriedad de llevar un registro contable para rendir cuentas, y en especial cuando se manejen fondos públicos.

En la legislación nacional, el primer fundamento se encuentra en la Constitución, que en su artículo 83, número 8, establece como deber de todo ecuatoriano "administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción". Empero, no se encuentra establecida una manera detallada sobre cómo proceder, o las sanciones aplicables en caso de no atenerse al comportamiento previsto en la Norma Suprema.

Respecto a los funcionarios públicos, la Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión[48] es la encargada de velar por que estos cumplan las normas y las políticas públicas promulgadas por el ente competente, es decir, la Función de Transparencia y Control Social.

Esta Función del Estado, a su vez, se encuentra constituida por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las diferentes superintendencias. La primera entidad, en calidad de ente fiscalizador, actúa con base en la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que establece en su artículo 11 quiénes son los sujetos que se encuentran en la obligación de rendir cuentas, y cómo se procederá en caso de conocer eventuales incumplimientos.

> […] Las autoridades del Estado electas o de libre remoción, representantes legales de empresas públicas o personas jurídicas del sector privado que manejen fondos públicos o desarrollen actividades de interés público […] En caso de incumplimiento por parte de las instituciones y entidades del sector público, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social remitirá la queja a la Contraloría General del Estado para que inicie el proceso de investigación sobre la gestión de las autoridades obligadas […][49].

---

46 En su mayoría, estas normas se encuentran previstas para funcionarios públicos, y privados en caso de manejar fondos públicos.

47 Esta Convención entró en vigencia el 15 de diciembre de 2005.

48 Esta Secretaría fue creada el 30 de diciembre de 2008, por medio de Decreto Ejecutivo No. 1511.

49 El artículo 12 del mismo cuerpo normativo prevé el monitoreo a la rendición de cuentas, y el plazo en que deben remitirse los informes. Registro Oficial Suplemento No. del 22 de septiembre de 2009.

De la misma manera, este artículo menciona el tipo de sanciones que puede acarrear el incumplimiento a lo dispuesto por esta norma, mediante la remisión a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Esta Ley, en su artículo 23, establece que en caso de omisión, denegación o adulteración de información pública, o falsedad de aquella de manera parcial o total, se aplicarán las siguientes sanciones:

> a) Multa equivalente a la remuneración de un mes de sueldo o salario que se halle percibiendo a la fecha de la sanción;
> b) Suspensión de sus funciones por el tiempo de treinta días calendario, sin derecho a sueldo o remuneración por ese mismo lapso; y,
> c) Destitución del cargo en caso de que, a pesar de la multa o suspensión impuesta, se persistiere en la negativa a la entrega de la información[50].

Existe la posibilidad de sanciones de índole penal, en tanto las conductas se adecuen a lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) en sus artículos 278, 298, 311 y 312. Estos artículos sancionan al peculado, la defraudación tributaria, el ocultamiento de información y la falsedad de información, respectivamente.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social expidió, mediante Resolución No. 5, el Reglamento para Trámite de Denuncias y Pedidos del Consejo de Participación Ciudadana, que fue publicado en el Registro Oficial el 24 de junio de 2013. Sin embargo, el 20 de enero de 2016 entró en vigencia el Reglamento de Gestión de Pedidos y Denuncias sobre Actos u Omisiones que afecten la Participación o Generen Corrupción. Este nuevo Reglamento prevé la manera en que se deben presentar los pedidos, las denuncias, el contenido de estas, el proceso que se llevará a cabo, etc. La Contraloría General del Estado, a su vez, juega un papel fundamental puesto que es el ente encargado de fiscalizar tanto a las instituciones del Estado como a empresas que reciban o manejen fondos públicos. Por ello, puede auditar las inversiones, los gastos, su utilización, e incluso investigar casos de enriquecimiento ilícito si hubiesen los indicios correspondientes, entre otros. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece diferentes tipos de sanciones, entiéndase contravención o falta, en caso de incurrir en responsabilidad administrativa culposa establecida en su artículo 45.

Finalmente, como una medida para controlar que ningún funcionario durante el ejercicio de sus funciones perciba lucro alguno, se ha optado por establecer un proceso que se debe efectuar tanto al momento de ingresar como al salir de una institución pública. Este proceso comprende el realizar una declaración juramentada ante Notario sobre su situación patrimonial antes de ostentar el cargo y al momento de dejarlo[51].

---

50 Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Registro Oficial Suplemento No. 337 del 18 de mayo de 2004.

51 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 231. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008. *Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro. La Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito. Cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública.*

Por tanto, no se puede negar que existe un régimen que establece los parámetros en los cuales puede actuar la administración estatal. Sin embargo, se debería prever un mecanismo por el cual los funcionarios privados que no se encuentren vinculados con fondos públicos o actividades del Estado puedan ser vinculados a estos delitos.

B. Crimen organizado: financiamiento de terrorismo, lavado de activos, tráfico de armas y personas

Los delitos vinculados o relacionados con el crimen organizado son varios [*supra* §4.1], y obedecen a las prácticas de corrupción y desarrollo de actividades ilícitas en distintas áreas. Así, la regulación de carácter internacional en materia general comprende convenios internacionales tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, la Convención sobre Tráfico Ilícito de Armas, que encuentran apoyo en el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones.

Se encuentran normas previstas en la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, a su vez, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; y el Protocolo con el Tráfico Ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Además, todavía se encuentra en espera la entrada en vigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual surtirá plenos efectos cuando 30 países la ratifiquen. Actualmente son 18 los países que lo han hecho[52].

Con respecto al financiamiento del terrorismo, los instrumentos internacionales que rigen en el Ecuador son: el Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo; el Convenio para Prevenir y Sancionar el Terrorismo; y el Convenio de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo. El propósito de todos estos convenios radica en encontrar soluciones eficaces mediante la cooperación internacional frente a situaciones como el tráfico de armas, estupefacientes, personas, vehículos; y el lavado de activos.

En cuanto a legislación interna, el Ecuador en los últimos 15 años aumentó el número de normas referentes a dicha materia. Los fiscalizadores encargados de velar por el cumplimiento de la normativa aplicable son el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; la Procuraduría General del Estado; la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; la Fiscalía General del Estado, y la Unidad de Análisis Financiero y Económico (en adelante UAFE).

La normativa comprende a la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Entró en vigencia el 21 de julio de 2016, derogando así a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, que se encontraba vigente desde octubre de 2005.

52 Cancillería del Ecuador. Delincuencia Organizada Transnacional. http://goo.gl/jqtId1 (acceso:19/08/2016).

Esta nueva ley es aplicable a "todas las actividades económicas susceptibles de ser utilizadas para el lavado de activos y financiamiento de otros delitos"[53]. Se establecen tres objetivos fundamentales en su artículo 1:

> a) Detectar la propiedad, posesión, utilización, oferta, venta, corretaje, comercio interno o externo, transferencia gratuita u onerosa, conversión y tráfico de activos, que fueren resultado o producto de los delitos de los que trata la presente ley, o constituyan instrumentos de ellos, para la aplicación de las sanciones correspondientes;
> b) Detectar la asociación para ejecutar cualesquiera, de las actividades mencionadas en el literal anterior, o su tentativa; la organización de sociedades o empresas que sean utilizadas para ese propósito; y, la gestión, financiamiento o asistencia técnica encaminados a hacerlas posibles, para la aplicación de las sanciones correspondientes; y,
> c) Realizar las acciones y gestiones necesarias para recuperar los activos que sean producto de los delitos mencionados en esta ley, que fueren cometidas en territorio ecuatoriano y que se encuentren en el exterior[54].

El artículo 17 de la Ley en análisis establece que la sanción en caso de que se entregue de manera tardía[55] el reporte de operaciones y transacciones que se encuentren por encima de lo previsto por la Ley, será una multa que oscile entre 10 y 20 salarios básicos unificados. Si existe reincidencia, la multa podría ascender al máximo previsto dependiendo del caso, tal como manda el último inciso.

En cuanto a la UAFE, el artículo 6 de la Ley en mención le otorga las facultades de emitir instructivos, establecer la estructura y el contenido de los reportes provenientes de los sujetos obligados a informar. Así, desde el 28 de abril de 2016 se encuentra vigente el Instructivo de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.

Del artículo 5 del Instructivo de esta Ley, se desprenden las obligaciones que tienen las personas (naturales o jurídicas) sujetas a control. Entre estas se encuentran:

> [R]equerir y registrar a través de medios fehacientes, fidedignos y confiables, la identidad, ocupación, actividad económica, estado civil y domicilios, habitacional u ocupacional, de sus clientes permanentes u ocasionales, incluidos los expedientes de cuentas y correspondencia comercial[56].

---

53 Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento No. 802 del 21 de julio de 2016. El artículo 5 de la misma Ley prescribe que de manera adicional a las instituciones del sistema financiero se encuentran obligadas a informar a la Unidad de Análisis Financiero y Económico, a través de la entrega de los reportes previstos en dicha ley, las siguientes: las filiales extranjeras bajo control de las instituciones del sistema financiero ecuatoriano; las bolsas y casas de valores; las administradoras de fondos y fideicomisos; las cooperativas, fundaciones y organismos no gubernamentales; las personas naturales y jurídicas que se dediquen en forma habitual a la comercialización de vehículos, embarcaciones, naves y aeronaves; las empresas dedicadas al servicio de transferencia nacional o internacional de dinero o valores, transporte nacional e internacional de encomiendas o paquetes postales, correos y correos paralelos, incluyendo sus operadores, agentes y agencias; las agencias de turismo y operadores turísticos; las personas naturales y jurídicas que se dediquen en forma habitual a la inversión e intermediación inmobiliaria y a la construcción; hipódromos; los montes de piedad y las casas de empeño; los negociadores de joyas, metales y piedras preciosas; los comerciantes de antigüedades y obras de arte; los notarios; los promotores artísticos y organizadores de rifas; los registradores de la propiedad y mercantiles.

54 *Ibíd*.

55 En el supuesto de que la información no pueda ser validada o verificada, o se no se hayan corregido dichos errores en el término de tres días, se considerará como no presentado el reporte/transacción.

56 Instructivo de la Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Registro Oficial No. 473 del 28 de abril de 2016.

A su vez, en el literal a) de este Instructivo se menciona la importancia de medidas como *know your client*[57]*,* o conozca a su cliente, a su empleado, su mercado, corresponsal y proveedor; lo cual es primordial para la práctica de compliance. De esta manera, se encuentran plasmadas las bases de lo que significa el "cumplimiento corporativo" dentro del Ecuador.

La Superintendencia de Compañías, por su parte, emitió una resolución en 2014 denominada "Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo". Su artículo 4 prescribe las políticas que deben adoptar las compañías sujetas a control:

> (i) Establecer procedimientos que les permitan administrar, evaluar y mitigar con eficacia los riesgos que hayan identificado.
> (ii) Abarcar toda clase de productos o servicios que ofrezca la compañía.
> (iii) Asegurar que los miembros de la compañía tengan el debido conocimiento, acatamiento y aplicación de las normativas legales y reglamentarias relacionadas con la prevención de lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y otros delitos.
> (iv) Minimizar el grado de exposición inherente al lavado de activos y al financiamiento del terrorismo y otros delitos.
> (v) Establecer las políticas de debida diligencia según el riesgo que la misma compañía haya identificado.
> (vi) Garantizar la reserva y confidencialidad de la información reportada, conforme lo previsto en la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos[58].

En caso de incumplir esta Resolución, la Ley de Compañías prescribe, en su artículo 361, que la sanción por "obstaculizar o dificultar la labor de control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías y Valores o por incumplimiento de las resoluciones que ella expida" será la disolución de la compañía. Asimismo, el COIP en su artículo 317 establece las sanciones en caso de adecuar la conducta al delito tipificado como "lavado de activos"[59], y en su artículo 367, en caso de incurrir en "financiación de terrorismo"[60]. Ante la exposición de la normativa aplicable,

---

57 Financial Action Task Force (FATF) & Groupe d'action financière (GAFI). *FAFT 40 Recommendations*, 2010, p. 19. http://goo.gl/Nk50jw (acceso: 24/07/2016). La Recomendación No. 11 de Financial Action Tast Force (FATF) establece que *"know your client"* o *"know your customer*" involucra: "Tomar las medidas razonables para obtener información sobre la verdadera identidad de las personas en cuyo nombre se abre una cuenta o realiza una transacción, si hay alguna duda en cuanto a si estos clientes podrían no estar actuando en su propio nombre, por ejemplo, en el caso de empresas domiciliarias". Traducción libre.

58 Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Otros Delitos. Registro Oficial No. 292 del 18 de julio de 2014.

59 Código Orgánico Integral Penal. Artículo 317. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Lavado de activos. - La persona que en forma directa o indirecta:

> 1.Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito.
> 2.Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito.
> 3. Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en este artículo.
> 4. Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo.
> 5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos.
> 6. Ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país.
> Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito.

60 *Id*., artículo 367. Financiación de terrorismo.- a persona que en forma individual o colectiva, de manera directa o indirecta, proporcione, ofrezca, organice o recolecte fondos o activos, de origen lícito o ilícito, con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados para financiar en todo o en parte, la comisión de los delitos de terrorismo; o

ahora, es importante resaltar la evolución que ha tenido el Ecuador y el constante cambio con el fin de sancionar actos que representen perjuicios tanto para el Estado como para la sociedad y las empresas en general. Así, los instrumentos y cuerpos normativos internacionales[61] ya no son los únicos a los que debemos recurrir al momento en que nos enfrentemos a estas situaciones.

Respecto al delito de lavado de activos, es importante mencionar la sentencia del 20 de febrero de 2017, que encontró culpables a Luis Chiriboga Acosta, en su calidad de ex Presidente de la Federación Ecuatoriana de Fútbol (en adelante, FEF); a Hugo Edison Mora Azansa, en su calidad de ex Contador Logístico de la FEF; y a Pedro Marcelino Vera Valverde, en calidad de ex Coordinador Logístico de la FEF, conforme los artículos 317 numerales primero, segundo, tercero literal a y artículo 42, numeral tres del COIP. Se determinó que el monto por lavado de activos dentro de la FEF ascendía a $ 6'119.565, por lo tanto, la multa que deben pagar los responsables debe ser el doble del monto de los activos objeto del delito divididos de la siguiente forma:

> (i) Luis Chiriboga Acosta, debe pagar la suma de la multa de US$5'000.000, por el delito de coautoría de lavado de activos. Además, por diez años será privado de su libertad, que cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Varones, pena a la que se le descontará el tiempo de arresto domiciliario, de la medida cautelar de la cual fue sujeto.
> (ii) Hugo Edison Mora Azanza, en su calidad de coautor también deberá pagar una multa de US$5'000.000, con una pena privativa de libertad igual a la del ex Presidente Chiriboga y a quien también se le haría una deducción correspondiente al tiempo que surtió efectos la medida cautelar interpuesta en su contra.
> (iii) Finalmente, Pedro Marcelino Vera Valverde, fue acusado de cómplice de delito de lavado de activos. Por lo que recibirá una pena de tres años y cuatro meses de privación de su libertad.

---

cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o, la existencia de terroristas individuales, grupos u organizaciones terroristas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Será reprimida con esta misma pena:

> 1. La persona que proporcione, ofrezca, organice, recolecte, o ponga los recursos, fondos o activos, bienes muebles o inmuebles a disposición del terrorista individual u organización o asociación terrorista, independientemente de que los mismos se vayan a utilizar en la efectiva comisión de uno de los delitos señalados en el artículo anterior.
> 2. La persona que, teniendo la obligación legal de evitarlos, consienta la comisión de estos delitos o la persona que, a sabiendas, proporcione o facilite los medios para tal fin.
> Los delitos tipificados en este artículo serán también sancionados con multa equivalente al duplo del monto de los fondos y activos proporcionados, ofrecidos o recolectados para financiar actos de terrorismo, terroristas individuales u organizaciones terroristas, con la pena de comiso penal de conformidad con lo previsto en este Código y con la extinción de la persona jurídica creada o utilizada para el efecto.
> Cuando la condena sea dictada en contra de una o un funcionario o una o un servidor público, se sancionará con la inhabilitación para el desempeño de todo empleo o cargo público por un tiempo igual al doble de la condena.
> Cuando la condena sea dictada en contra de una o un funcionario del sistema financiero o de seguros, se sancionará con la inhabilitación para el desempeño de funciones de dirección en entidades del sistema financiero y de seguros por un tiempo igual al doble de la condena. Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados, como delitos autónomos de otros delitos tipificados en este Código, cometidos dentro o fuera del país.

61 Para mayor información acerca de los instrumentos internacionales citados *vid*:. www.unodc.org; www.unis.unvienna.org; www.acnur.org/biblioteca/pdf/1292.pdf;www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-mla-inateram-trans.pdf

La multa que deberá pagar asciende a los US$2'239.130[62].

Esto ejemplifica la manera en que el aparato estatal ecuatoriano reacciona frente a un caso de corrupción. En la sentencia, jamás se hizo referencia a la práctica de *compliance dentro de la FEF, lo cual evidencia la falta de importancia que le brindan al tema y el desconocimiento sobre los beneficios que podría representar.*

C. Derecho de la competencia y Protección de Datos

Un aspecto fundamental para el control de la corrupción es el manejo de información. Es así que incluso puede considerarse que la práctica de *compliance* abarca también el Derecho de Competencia, como el manejo de información y protección de datos. Al estar relacionados con información sensible y que puede causar daños generales e individuales, respectivamente, se detallará el control que ha previsto nuestro régimen para garantizar un mecanismo de protección.

A partir de 2011, mediante la creación de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (en adelante SCPM), la normativa referente a Derecho de Competencia y las prácticas *antitrust* se ha incrementado en el país. Así, la SCPM ha suscrito convenios con diferentes naciones como Argentina, Austria, El Salvador, Honduras, Rusia, entre otros. La SCPM pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, y es el único ente regulador. Por lo que prevé las sanciones en caso de incumplimiento a sus disposiciones en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM)[63].

La LORCPM regula todos los procedimientos, ya sean administrativos, de consulta, investigación, y sanción; y su objetivo principal es prohibir la competencia desleal definida como "todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas"[64]. Ello puede interferir con la transparencia con la cual se busca que actúen los agentes económicos.

En cuanto a protección de datos personales, es importante recordar que este es un derecho consagrado en instrumentos internacionales jerárquicamente superiores a la Constitución, que de igual manera recoge este derecho. Así, los tratados más importantes son la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de San José.

A nivel nacional, es la Norma Suprema la que establece que toda persona, sin distinción alguna, tiene el derecho a solicitar la información que se encuentre en los sistemas o banco de datos; así como el motivo y propósito de usar dicha información, siendo titular también de la eliminación de estos en caso de ser incorrectos o si afectan sus derechos en general[65].

El Sistema Financiero posee un banco de información que únicamente debe estar relacionado con datos personales afines a tal sistema. Por su lado, el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos es de carácter general y se encuentra regulado por la Ley de Sistema Nacional de

62 Tribunal de Garantías Penales. *Proceso No. 17282-2015-05549*. Sentencia del 21 de febrero de 2017.
63 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.
64 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Óp. cit., artículo 25.
65 Constitución de la República del Ecuador. Óp. cit., artículos 18.2 y 91.

Registro de Datos Públicos.

Se establece de manera severa que solo se podrá acceder a dicha información con autorización expresa del titular de la información y en casos previstos y regulados por orden judicial o mandato de Ley[66]. Sin embargo, en caso de no ser información reservada, incluso entidades como UAFE podrán solicitarla con el fin de realizar ciertos análisis. De manera adicional, para expandir el cuidado de datos personales, mediante Resolución del 5 de julio de 2006, se estableció que los burós de información crediticia no podrán contener ni difundir:

> (i) Aquella que por afectar el derecho a la intimidad personal o familiar, lesione las garantías previstas en los numerales 8, 11 y 21 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, tales como de la difusión de características físicas, morales o emocionales de una persona o cualquier otra información relacionada con circunstancias de su vida afectiva o familiar, hábitos personales y de consumo, ideologías, opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas, estados de salud físico o psicológico, vida sexual o información genética; así como toda violación a las garantías previstas por las leyes, tratados y convenios internacionales; y,
> (ii) La información que de conformidad con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, se encuentre protegida por el sigilo bancario, así como la información del patrimonio personal y familiar, las cuales sólo pueden ser entregadas por expresa orden judicial.
> El buró no podrá recolectar, procesar o difundir la información prohibida expresamente en este artículo, aunque cuente con la autorización del titular de la información; en todo caso, quien se considere afectado por la violación del presente artículo podrá iniciar las acciones civiles y penales a que hubiere lugar[67].

De esta manera se puede observar cómo se busca proteger no solo la información de las personas que se encuentran en estas bases de datos, sino también su integridad. Las sanciones en caso de violar estas normas se encuentran previstas en el COIP, artículo 202, en el que se tipifica el delito de receptación[68].

En vista de la evolución de la tecnología, se han implementado nuevos mecanismos de control tales como la promulgación de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Dicha Ley regula mensajes de datos, contratación electrónica, servicios electrónicos, servicios de certificación, entre otros. Las sanciones, en caso de usar de manera incorrecta esta información, se encuentran previstas en los artículos 40 y 41 de esta Ley. Las normas en mención hacen alusión a repercusiones por infracciones administrativas, y sanciones que deberán ser interpuestas por la Superintendencia de Telecomunicaciones.

De tal manera, respecto del derecho de la competencia en el Ecuador pueden decirse dos cosas. Primero, la regulación en esta materia en un principio se encontraba derivada de instrumentos internacionales. Segundo, la normativa en el Ecuador es reciente, ya que en 2011 se crea un ente

---

66 *Vid*. Ley de Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. Artículo 6. Registro Oficial Suplemento No. 162 del 31 de marzo de 2010.

67 *Vid*. Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos del 13 de junio de 2016.

68 Código Orgánico Integral Penal. Óp. cit., artículo 202.

Receptación. - La persona que oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte, de bienes muebles, cosas o semovientes conociendo que son producto de hurto, robo o abigeato o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Si por omisión del deber de diligencia no se ha asegurado de que las o los otorgantes de dichos documentos o contratos son personas cuyos datos de identificación o ubicación es posible establecer, será sancionada con pena privativa de libertad dos a seis meses.

regulador en este campo, y se establecen los parámetros de actuación mediante la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. En cuanto a la protección de datos e información personal, se encuentra consagrada en la Constitución de la República del Ecuador. Sin embargo, fue recién en el año 2010 que se reguló de manera más precisa la seguridad, el acceso, la publicidad y la sistematización de los datos personales.

D. *Lobby*

El *lobby* o cabildeo hace referencia a la intervención de un "agente" para gestionar los intereses de su contratante y se encuentra relacionada con el *compliance* debido a que, dependiendo de la legislación de cada país y su regulación, puede constituir un acto ilícito y poco transparente. En un inicio, esta práctica era netamente ejecutiva o legislativa/parlamentaria; es decir, el intermediario estaba encargado de llevar determinada postura a la sede política en donde se adoptarían leyes.

Este servicio actualmente, en breves palabras, hace alusión a acudir ante autoridades y funcionarios públicos para promover un fin específico; además, se ha diversificado en tanto hay más ramas en las que intervenir, como el *lobby* empresarial. Sin embargo, en el Ecuador no existe regulación alguna sobre este tema, al ser relativamente nueva su práctica, y por ende todavía es mal vista, por la desconfianza que genera. Son varios los países que tampoco poseen legislación especial sobre el tema, tales como Brasil, Costa Rica, Panamá, Uruguay y Venezuela[69]; a su vez, países donde únicamente existe regulación sobre la actuación de funcionarios públicos bajo la confianza, como El Salvador, Honduras, Guatemala y Paraguay[70].

Por el contrario, países como Argentina, Chile y Perú poseen una legislación que regula la práctica de *lobby* específicamente, estableciendo (las dos primeras naciones) que esta actividad debe realizarse por medio de audiencias[71]. Además, en el caso de los tres países mencionados se debe llevar un registro con todos los datos de quienes intervienen y del tema tratado. Las legislaciones de estos tres países establecen de manera taxativa las obligaciones de los denominados "lobistas", y en el caso de Perú, existe una lista de personas que tienen prohibido incursar en esta práctica[72]. Incluso se prevén sanciones a los funcionarios públicos que acepten pagos, promesas, rembolsos o cualquier tipo de remuneración[73].

Existen también países que poseen regulación mínima y no tan específica, como Colombia, México y Nicaragua. De esta manera, Colombia definió esta actividad por medio de legislación comparada. Sin embargo, la única disposición exacta versa sobre la potestad que tienen las autoridades competentes para iniciar investigaciones o pedir información adicional "cuando

69 *Cfr*. Serrano Espelta, Pedro H. *et al*. *Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Grupo Interamericano de la práctica de compliance. Primera ed. Bogotá: Brigard & Urrutia Abogados, 2015, pp. 52,132, 261, 312, 329.
70 *Cfr*. *Id*., pp. 170, 209, 187, 278.
71 *Cfr*. *Id*., pp. 35, 83 y ss., 29.
72 *Cfr*. *Id*., p. 295.
73 *Cfr*. *Id*., pp. 34, 81, 115, 229, 246, 295.

exista al menos prueba sumaria de la comisión de un delito o una falta disciplinaria"[74]. En el caso de México, se regula esta actividad por medio de reglamentos que poseen las Cámaras del Congreso de la Unión[75]. Se prohíbe de manera rotunda el recibir cualquier remuneración o pago tanto a los senadores como al personal con el que trabaja. Además, estos reglamentos establecen las obligaciones de los "lobistas", el número limitado de veces que pueden intervenir, una lista de quienes no pueden desempeñar esta actividad, y la obligación de llevar un registro público[76]. Finalmente, Nicaragua basa el control sobre el *lobby* en la Ley de Participación Ciudadana, que establece sanciones y prohibiciones al respecto.

Así, es fácil evidenciar que son pocos los países de América Latina que tienen legislación concreta sobre esta materia y que no fundamentan la normativa aplicable en remisión a instrumentos internacionales o legislación comparada. No obstante, son varias las naciones que si bien no poseen una regulación específica, han implementado disposiciones para un mediano control. Por otro lado, es fácil denotar que hay países, como el nuestro, que no encuentra normas aplicables específicas.

E. Sector financiero, exoneraciones y recompensas

En cuanto al sector financiero, Ecuador es uno de los 19 países que forman parte de la Corporación Andina de Fomento (en adelante, CAF). La CAF es un banco, fundado en 1970, que tiene como propósito promover "[…] un modelo de desarrollo sostenible, mediante operaciones de crédito, recursos no reembolsables y apoyo en la estructuración técnica y financiera de proyectos de los sectores público y privado de América Latina"[77]. Este organismo ha publicado varios lineamientos para tener un buen gobierno corporativo en diversos campos como las PyME y empresas familiares[78], empresas del Estado[79], empresarios en general[80], y empresas de capital cerrado[81]. Incluso, la CAF ha expedido "Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo"[82], que incluye normativa de *compliance*, y lucha contra la corrupción. Es evidente que se poseen los instrumentos para promover la práctica de políticas anticorrupción en varios sectores. Sin embargo, al ser estos únicamente lineamientos, no son vinculantes.

Por otro lado, en Ecuador no existen casos en que el Estado haya llegado a un acuerdo con la compañía que ha cometido actos corruptivos para que exista un ajuste de la multa y las

74 *Cfr*. *Id*., p. 115.
75 *Cfr*. *Id*., p. 229.
76 *Cfr*. *Ibíd*.
77 *Vid*. CAF. "Sobre nosotros". https://www.caf.com/es/sobre-caf/quienes-somos/ (acceso: 12/98/2016).
78 *Vid*. CAF. *Lineamientos para un código de buen gobierno corporativo para las PyME y empresas familiares*. Caracas: CAF, 2011. http://scioteca.caf.com/handle/123456789/558 (acceso: 24/07/2016).
79 *Vid*. Bernal, A., Oneto, A., Penfold, M., Schneider, L., & Wilcox, J. *Gobierno Corporativo en América Latina. Importancia para las empresas de propiedad estatal*. *Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva*, 2012. No. 6, Caracas: CAF. http://scioteca.caf.com/handle/123456789/366 (acceso: 24/07/2016).
80 *Vid*. Díaz Ortega, E. *Gobierno corporativo: lo que todo empresario debe saber*, 2010. Caracas: CAF http://scioteca.caf.com/handle/123456789/842 (acceso: 24/07/2016).
81 *Vid*.
82 *Vid*. CAF. *Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo*, 2010. Caracas: CAF. http://scioteca.caf.com/handle/123456789/703 (acceso: 24/07/2016).

penalidades correspondientes. Por ende, no existe jurisprudencia que se pronuncie sobre este tema y mucho menos sobre los requisitos mínimos a considerar en un programa de *compliance* para exonerar de responsabilidad a la empresa. Respecto de este tema, Alemania se constituyó en pionera al dictar una sentencia que contenga estos elementos[83]-[84]. La posibilidad de una exoneración de responsabilidad, a su vez, se ve palpable tanto en Estados Unidos como en Reino Unido. Tal como se expuso, en Estados Unidos la mayoría de empresas aceptan su culpabilidad con el fin de disminuir las sanciones aplicables. Pese a que este país cuenta con las *Sentencing Guidelines*[85], no existe una norma que "determine las características esenciales que debe contener un programa de cumplimiento efectivo"[86]. Sin embargo, el cumplimiento de estos criterios formales y medidas de prevención de la organización ayudará el momento de determinar el nivel de culpabilidad de la empresa. Han existido críticas a la FCPA porque las sanciones previstas no son lo suficientemente severas, pues no causan a las empresas grandes pérdidas en comparación con las ganancias que han percibido gracias al delito cometido[87]. Empero, las sanciones sí han logrado que las empresas se preocupen más por las políticas de *compliance*.

En el caso de Reino Unido, también existe la posibilidad de acarrear responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de cometer actos corruptivos. En materia de sobornos se aplica la United Kingdom Bribery Act[88], ley que prevé también la posibilidad de eximir de

83 *Vid*. Tribunal Regional de Munich I. *Siemens Neubürger*. Sentencia del 10 de diciembre de 2013.

84 Román, Bárbara. "La sentencia Siemens Neubürger en Alemania". http://www.3ccompliance.com/articles/articulos/siemens-neuburger/ (acceso:19/08/2016).

Las conclusiones a las que llegó el Tribunal Regional de Múnich I fueron las siguientes:

> 1. Los pagos de sobornos en el extranjero, a pesar de haber estado permitidos en Alemania hasta 1999, son infracciones de la Ley y no se pueden justificar como necesarios para conseguir éxitos económicos en mercados extranjeros corruptos.
> 2. Los Consejeros deben ocuparse no sólo de la organización de la empresa, sino también de vigilar esa organización de forma que este tipo de infracciones no se cometan en la sede de la empresa.
> 3. Esta obligación organizativa en un entorno de riesgos sólo se entiende como cumplida cuando se establece un sistema de *compliance* suficiente dirigido a prevenir daños y controlar riesgos.
> 4. La ignorancia de determinados hechos no exime de responsabilidad a los cargos de una empresa, ni a sus empleados.
> 5. Un sistema de *compliance* insuficiente o una supervisión insuficiente suponen de facto un incumplimiento de las obligaciones de los consejeros.
> 6. Es el Consejo al completo quien debe determinar y regular con claridad qué consejero será el principal responsable del sistema, aunque la obligación de establecer un sistema de *compliance* efectivo y la vigilancia de su eficacia seguirá siendo de todo el Consejo.
> 7. Los responsables del sistema de *compliance* deben disponer de poderes suficientes para poder actuar ante posibles incumplimientos.
> 8. El consejero encargado de la supervisión del programa de *compliance* está obligado como parte de su función a informarse sobre los resultados de investigaciones internas y sobre posibles incumplimientos.
> 9. El Consejo al completo está obligado a comprobar si el sistema implantado cumple con los requisitos necesarios para evitar incumplimientos legales.

85 El Federal Sentencing Guidelines Manual, de la Sentencing Commission de los Estados Unidos, es una iniciativa que nació en 1987 con el propósito de establecer políticas y prácticas de condena para un sistema que garantice los fines que persigue la justicia mediante la promulgación de directrices que prescriben las penas apropiadas para los infractores de derechos federales. El Capítulo 8B2, relativo a Compliance, aborda los requisitos que deben reunir los "Effective Compliance and Ethics Program", con lo cual se busca guiar a los Tribunales Federales de los parámetros mínimos para un adecuado cumplimiento de la ley, promoviendo la prevención de delitos, así como las posibles sanciones que en caso contrario podrían acarrear estas conductas. *Vid*. http://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-8#NaN.

86 Ruesca Duro, Ester. Los programas de cumplimiento como forma de exención de la responsabilidad penal corporativa. Tesis de grado. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2014, p. 17.

87 *Cfr*. Karpoff, Jonathan M., Lee, D. Scott., Martin, Gerald S. *Óp. cit*., p. 29.

88 Promulgada en 2010 por el Parlamento.

responsabilidad a la empresa. Esto, siempre que se haya demostrado la implementación de procesos de prevención del delito por el cual se la esté inculpando[89]. Por otro lado, el sistema inglés tampoco prevé recompensas a personal que denuncie las actividades ilícitas que se realicen en las empresas donde se encuentran trabajando, también conocidos como *whistleblowers*.

En Estados Unidos, existe esta posibilidad y una de las entidades que entrega dicha recompensa es la ya mencionada Comisión de Bolsa y Valores, o SEC. Esta comisión considera que la información proporcionada puede minimizar el daño a inversores, preservar la integridad de los mercados de capitales de Estados Unidos y agilizar la rendición de cuentas por parte de los responsables[90]. Tales declaraciones se rigen de la manera más estricta por políticas de confidencialidad, con el fin de garantizar la integridad del denunciante. La suma más alta entregada por la Comisión de Bolsa y Valores ha sido $ 30 000 000, el 6 de agosto de 2016[91].

En Ecuador existe una falta de colaboración entre los sectores público y privado que pueda permitir resultados como los mencionados (*whistleblowers*, reducción de multas, etc.), la cual, de haberla, proporcionaría mejores resultados frente a las prácticas corruptivas. Así, es clara la falta de medidas en aspectos que ya se han implementado en otros países.

6. Camino por recorrer

Con el análisis realizado, se hacen notorios tres aspectos. En primer lugar, Ecuador sí ha progresado en la materia en estudio, y prevé normas de *compliance* en varios ámbitos. En segundo lugar, pese a que hay cierta regulación, esta se encuentra totalmente descentralizada. Tercero, hay áreas que no se encuentran reguladas. Son estas dos últimas las causas para que en el Ecuador todavía existan falencias, pues no hay un margen de regulación, lo que da paso a la inseguridad y la arbitrariedad. A esto se suma el hecho de que la regulación expuesta de manera excepcional se aplica a personas (naturales o jurídicas) que no se encuentren vinculadas con el Estado o sus fondos.

La percepción internacional de Ecuador es que se mantiene como una nación vulnerable a la corrupción y, por ende, con gran tendencia a verse involucrada en crímenes como el lavado de activos[92]. Además, esta imagen se encuentra relacionada con la manera en que toda América Latina es considerada por su historia en cuanto a la falta de estabilidad política y a la corrupción de sus gobiernos.

89 Nieto Martin, Adán. "La privatización de la lucha contra la corrupción". *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société International de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*. (2011-2012). Citado en Ruesca Duro, Ester. Los programas de cumplimiento como forma de exención de la responsabilidad penal corporativa. Tesis de grado. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2014.

90 SEC, Office of the Whistleblower: Welcome to the Office of the Whistleblower. https://www.sec.gov/whistleblower (acceso: 07/08/2016). Traducción libre.

91 SEC, Office of the Whistleblower: SEC Announces Largest-Ever Whistleblower Award. https://goo.gl/DhXv6S (acceso:07/08/2016). Traducción libre.

92 Renner, Paul. *Ecuador-Know your customer (KYC) Rules*. http://kycmap.com/ecuador-know-your-customer-kyc-rules/ (acceso: 06/08/2016).

Es así que el Estado, como primer interesado en que el índice de corrupción se reduzca y el sistema se vea menos afectado por todo tipo de delitos, debería tomar medidas de prevención[93]. Si bien existen sanciones para diferentes actos delictivos, la principal actividad por realizar es fortalecer sus instituciones. He ahí, una vez más, la importancia de políticas anticorrupción dentro de las empresas públicas, y el incentivo de una cultura empresarial honesta y correcta.

Lo dicho se encuentra relacionado con el concepto de Estado de Derecho, toda vez que la corrupción "implica una violación al principio de legalidad. De acuerdo a dicho principio, las autoridades, los funcionarios públicos y los ciudadanos se encuentran sometidos a la Constitución y las leyes del ordenamiento jurídico"[94]. Así, en caso de existir conductas desapegadas del ordenamiento jurídico que no sean sancionadas por el aparato estatal y sus funcionarios, la desconfianza por parte de la ciudadanía crece. Lo cual se ahonda por la falta de seguridad jurídica y el hecho de que el conflicto de intereses afecta directamente en la disminución de inversión extranjera.

A la par, el Estado debería trabajar con el sector privado en este fortalecimiento de instituciones y campañas de prevención. Sin embargo, esto es difícil, sobre todo cuando las empresas nacionales buscan verse lo menos vinculadas posible con el ámbito estatal. Por tanto, es verdad que las normas que sancionen conductas delictivas deben existir; no obstante, también deben establecerse normas de prevención basadas en los criterios tanto del sector público como del privado.

De esta manera, se puede decir que son intentos fallidos los lineamientos que nuestro país ha definido para empresas privadas, ya que mientras no sean de cumplimiento obligatorio, se presentarán como una mera sugerencia, que se puede o no seguir. La mayoría de empresas que contemplan políticas de prevención anticorrupción y programas de *compliance* son las multinacionales o extranjeras; lo que se debe a estándares internacionales que su matriz debe cumplir, mas no porque el Ecuador lo exija de manera directa. Así, se pone en evidencia la falta de comunicación y colaboración entre el Estado y las compañías.

En este sentido, respecto a los lineamientos propuestos por la CAF [*supra* §5.1.E], en tanto los mismos no sean incorporados mediante ley y sean de carácter obligatorio, las normas recogidas de *compliance* en estos cuerpos no serán útiles a cabalidad.

Además, en lo concerniente a los sectores no regulados, es claro cómo el Ecuador debe incursionar en dichas áreas, pues tarde o temprano existirán casos en que sean necesarias normas aplicables, que prevean una respuesta. Se puede tomar como ejemplo a países pioneros en estos temas, como Estados Unidos, Reino Unido y Alemania, en tres cuestiones: primero, respecto a exoneraciones y disminuciones de penas, cuando la empresa infractora posea un programa de *compliance*; segundo, sobre el establecimiento de parámetros mínimos de un programa de

93 *Cfr*. Karpoff, Jonathan M., Lee, D. Scott., Martin, Gerald S. *The Value of Foreign Bribery to Bribe Paying* Firms, 16 de junio de 2015, p.6.http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1573222 (acceso: 07/08/2016).

94 Rodríguez Vásquez, Julio. "Estado de Derecho y Corrupción". *Boletín Anticorrupción y Justicia Penal*. IDEHPUCP (2012), p. 37.

cumplimiento normativo; y tercero, en cuanto a recompensas por parte del Estado para quienes ayuden a detectar prácticas de anticorrupción.

7. *Compliance*, ¿una necesidad?

El Estado, en calidad de protector del interés general de la sociedad, promulga normas que sancionen los diferentes tipos de conductas delictivas. Sin embargo, además de ser esta una obligación del ente regulador, lo hace debido a que tanto el crimen organizado como la corrupción, los sobornos y las extorsiones perjudican de manera directa a la regularidad de sus actividades.

En primer lugar, el Estado se ve afectado en la recaudación de impuestos, considerando que no existe declaración alguna por parte de los grupos que operan de manera clandestina. En segundo lugar, para poder encontrar a los responsables de los delitos cometidos, deben aumentar las investigaciones del aparato judicial y el número de sus colaboradores; es decir, el gasto público destinado a seguridad crece en correspondencia al alza de índices de inseguridad y delincuencia.

Por otro lado, el alto nivel de involucramiento de funcionarios públicos y de figuras políticas en ciertos casos de corrupción, crea desconfianza respecto de estas instituciones de manera general y, por ende, de todo el sistema. Lo que a su vez crea inseguridad jurídica y, en consecuencia, falta de interés por parte de compañías e inversionistas extranjeros.

Frente a tal escenario, las empresas también deben tomar medidas pertinentes, pues su vinculación a actividades delictivas o prácticas de corrupción no depende únicamente de altos directivos, sino de todo su personal. De ahí que las compañías empiecen a desarrollar programas de *compliance*, ya que tener estándares legales nacionales e internacionales es infructuoso si dentro de la organización no existen políticas direccionadas a evitar riesgos y promover prácticas de anticorrupción[95].

Los programas de "cumplimiento normativo" se han vuelto más sofisticados[96], con el objetivo de disminuir los riesgos de la compañía de verse inmersa en procesos judiciales, y adquirir los beneficios de dicha práctica acarrea, en virtud de que tener un programa efectivo de *compliance* es una necesidad para el manejo de las empresas en general.

Como se mencionó, los riesgos de violar la ley son inferiores cuando se tiene un programa de *compliance*. Sin embargo, para que este realmente sea útil, debe ser desarrollado por personas que conozcan del tema. Existen diversas maneras de ejecutar tales políticas.

Independientemente del sistema escogido, ya sea descentralizado o centralizado, ambos suponen beneficios a favor de la empresa que lo ponga en práctica. El primero se encuentra dirigido por directivos de la empresa o *senior managers*. Se encargan directamente de desarrollar e implementar el programa basado en "líneas de negocio [...], deben responder al presidente de

95 *Cfr*. Fine, Michael E. "Putting the pieces together: A game plan for an effective Compliance structure". *Business Law Today*. Volume 13, No. 1. American Bar Association, (2003), p. 12. Traducción libre.
96 *Cfr*. *Ibíd*.

la compañía, y posiblemente a un comité de auditoría"[97]. A su vez, debe establecer los objetivos y proporcionar guías. El segundo, un sistema centralizado, en el que se designa un oficial de cumplimiento o *compliance officer*. Este oficial es el encargado de desarrollar todo el programa anticorrupción, de la investigación y documentación de estos incidentes, como la supervisión y seguimiento a las necesidades de cada empresa.

Indistintamente del modelo escogido, se debe optar por un mecanismo que sea fácil de transmitir, de implementar y de dar seguimiento. Por ello, cada programa debe ser "Claro, Conciso y Completo"[98], dado que es inútil tener un programa que no se acate. Para no dejar ningún vacío, es primordial que este programa sea entendido por todo el personal, pese a que no se posea conocimiento específico sobre *compliance.* El implementar una cultura empresarial basada en principios y valores proporciona una serie de beneficios para la compañía y sus empleados, para los clientes y para el Estado.

En primer lugar, existe una mejoría en las relaciones laborales, el ambiente de trabajo, se crea un sentimiento de pertenencia a la empresa por sus buenas prácticas organizacionales[99]. Así, la productividad de la compañía mejora en tanto los empleados conocen el código de conducta, los procedimientos a seguir, y la autoridad a quien acudir en caso de detectar una conducta ilícita o en contra de los principios de la institución. En segundo lugar, la situación de la compañía mejora ya que los clientes buscan confianza y seguridad; y prueba fehaciente de ello es un programa eficiente de *compliance*. Esto, debido a que reduce su costo de capital, sus necesidades y exigencias se ven satisfechas. En caso contrario, lo único que percibiría la empresa es pérdida de simpatía de inversionistas, del público en general, e inclusive de sus propios empleados.

Finalmente, gracias a la práctica de conductas honestas y conformes a la ley, el país en general percibe más ganancias por el incremento de inversionistas extranjeros, y, a su vez, mayor confianza de la población en general[100].

8. Conclusiones

El presente estudio ha permitido corroborar que las prácticas de políticas anticorrupción han evolucionado desde que se promulgó en Estados Unidos la FCPA. De igual manera, ya no es únicamente dicho país el que encuentra la necesidad de implementar medidas de prevención y sanción ante conductas delictivas y el crimen organizado.

Debido a la globalización y al intercambio comercial de hoy en día, las medidas de sanción se han intensificado; sin embargo, los programas de control y prevención son los que darán verdaderos resultados. Esto, en virtud de que el Estado debe buscar erradicar las causas que dan

97 *Id.*, p. 14.

98 *Cfr*. Shapiro, Karen L. "10 Steps to a better day: The key components of compliance". *Business Law Today*. Volume 13, No. 1. American Bar Association, (2003), p. 40. Traducción libre.

99 *Cfr*. Fons, John J. "The case for compliance: Now it's a necessity, not an option". *American Business Law*. Volume 13, No. 1. American Bar Association, (2003), p. 29. Traducción libre.

100 *Cfr*. Desio, Paula. "An Overview of the Organizational Guidelines". United States Sentencing Commission. Traducción libre.

origen a que la población ingrese en el crimen organizado, o a comportamientos desapegados a la Ley, que se ven ejemplificados en todos los países, ya sea internamente o a escala internacional. En cuanto a Ecuador, las normas existentes para controlar la corrupción se encuentran muy dispersas. Es así que solo después de un análisis intenso y una búsqueda de normas aplicables, se puede conocer de manera concreta las normas y sanciones previstas en caso de violar la ley. Es indispensable empezar a unificar estas disposiciones, porque solo así se podrán abarcar temas que actualmente carecen de legislación.

Es evidente, además, el retraso que tiene el Ecuador con respecto al tema en análisis, y el largo camino que tiene por recorrer toda vez que existen áreas que no se encuentran reguladas, aun cuando haya precedentes en países de la región y en naciones como Estados Unidos, Alemania y Reino Unido.

Iniciar programas de "cumplimiento normativo" es fundamental en la actualidad. Solo estos mecanismos de prevención podrán posicionar a las empresas en *rankings* más altos, y garantizarán transparencia en los servicios brindados. Por tanto, esto acarrea varios beneficios para las empresas, la sociedad y el Estado. De tal manera, es evidente que la práctica de *compliance* es sumamente productiva, tomando en consideración que tiene beneficios tanto en el ámbito interno como en el externo, sean entidades públicas o privadas las que la empleen. Asimismo, la aplicación de programas de cumplimiento normativo garantiza que se empiece a formar una cultura honesta y responsable, tanto en lo social como en lo empresarial.


MEYTHALER & ZAMBRANO
ABOGADOS

¿Cómo proteger el olor de los perfumes bajo el Derecho de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina?

Juan Marcos Núñez Jara,
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: jmnunezj@estud.usfq.edu.ec

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen

En el último siglo, la industria de los perfumes ha crecido de forma asombrosa. Sus ingresos, hoy por hoy, ascienden a miles de millones de dólares a nivel mundial. Sin embargo, la protección de los olores no ha sido la más efectiva en el ámbito internacional. El presente artículo tiene como objetivo presentar una visión general de los avances jurídicos en la protección de los olores bajo el Derecho de Propiedad Intelectual a escala global. Por otro lado, busca ofrecer posibles formas de protección de estas obras de la mente humana. Finalmente, se analiza la posibilidad de otorgar protección en la Comunidad Andina[1] a los olores mediante dos regímenes: el Derecho Marcario y el Derecho de Autor. El Derecho de Patentes se excluye del análisis dado que los caracteres propios de este régimen hacen imposible que los olores sean protegidos.

Palabras clave

Protección, propiedad intelectual, derecho marcario, derechos de autor, olores, distintividad.

How to protect the smell of perfumes under the intellectual property right in the Andean Community?

Abstract

In the last century, the fragrance industry has grown remarkably. Revenues in this industry today amount to billions of dollars worldwide. However, the protection of scents has not been the most effective internationally. That is why this article aims, on the one had to present a global overview of the legal developments in the protection under Intellectual Property Law and on the other hand, offer possible ways to protect of these works of the human mind. The article analyzes the possibility of giving protection to scents in the Andean Community through two schemes: the trademark law and copyright law. Patent law is excluded from analysis because the own characters of this regime make it impossible for odors to be protected.

1 En virtud del objeto del presente artículo y el principio de primacía de la normativa andina, no se estudiará la normativa nacional de ninguno de los países miembros.

Keywords
Protection, intellectual property, trademark law, copyright, smells, distinctiveness

1. Introducción

La protección de los olores bajo el Derecho de Propiedad Intelectual es un tema sin mucho desarrollo normativo ni jurisprudencial, sin embargo, ha existido un gran debate al respecto. La protección en este ámbito sin duda es necesaria. Según indicadores financieros de la Fragrance Foundation, de Nueva York, el tamaño de la industria de perfumes asciende a los seis billones de dólares americanos[2] mientras que a nivel global la cifra alcanza los veinte billones de dólares americanos[3]. Las principales marcas de moda, como H&M, Calvin Klein y Jimmy Choo, se encuentran en la lista de empresas globales que utilizan marcas olfativas en un intento por aumentar las conexiones de consumo, aumentar los ingresos y mejorar la fidelidad de los compradores[4]. Mientras que la investigación muestra que los olores pueden ser más memorables que otros estímulos y por lo tanto una opción clara para el *branding*, todavía hay obstáculos significativos que superar antes de que se utilicen las denominadas marcas no tradicionales[5]. En tal sentido, la tendencia de las compañías y el tamaño de la industria representan factores de fundamental importancia para que la protección del Derecho de Propiedad Intelectual se enfoque en los olores de los perfumes.

Para proceder al análisis de las posibles formas de protección de los perfumes, y en específico de su olor, es necesario referirse a los elementos que los componen, y, en segundo lugar, a los requisitos que deben cumplir para ser objeto de protección del Derecho de Propiedad Intelectual. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al perfume como una sustancia aromática elaborada para dar un olor agradable[6]. Esto da razón de un primer elemento, "elaboración", es decir, una creación del ser humano que, como tal, puede ser protegida por el Derecho de Propiedad Intelectual. La protección, de acuerdo con la definición de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), recae justamente sobre las creaciones de la mente humana como las invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio[7]. En consecuencia, se establece que los perfumes pueden ser protegidos por el Derecho de Propiedad Intelectual.

Ahora bien, lo que se pretende distinguir es en qué categoría se los podría encasillar para su protección. Dentro del Derecho de Propiedad Intelectual existen dos macro categorías que

2Traducción libre. Patent Baristas. *Smelly Rights: Copyright in Perfume,* 2010 http://www.patentbaristas.com/archives/2010/01/19/smelly-rights-copyright-in-perfume/ (acceso: 18/07/2016).

3 Traducción libre. Mullin, Sheppard. *European Copyright Protection of Fragrances is Largely a Matter of Common Scents*. http://www.fashionapparellawblog.com/2010/07/articles/ipbrand-protection/european-copyright-protection-of-fragrances-is-largely-a-matter-of-common-scents/ (acceso: 18/07/2016).

4 World Trademark Review. *Following the scent to brand differentiation is not without difficulties,* 2014. http://goo.gl/w9R0m5 (acceso: 14/18/2016).

5 *World Trademark Review*. *Óp. cit*. párrafo 1.

6 Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. "Perfume". http://dle.rae.es/?id=SbL5No4 (acceso: 16/08/2016).

7 OMPI. ¿Qué es la propiedad intelectual? http://www.wipo.int/about-ip/es/ (acceso: 18/07/2016).

protegen distintas creaciones de la mente humana, de acuerdo con sus elementos esenciales: los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial, que a su vez incluye a las invenciones y los signos distintivos[8]. Para el análisis de la protección de los perfumes en la Comunidad Andina nos referiremos a los dos últimos. Esto, dado que las características propias del perfume no permiten la protección mediante el Derecho Invencional, por carecer de los requisitos prescritos en el artículo 14 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina: que sea un producto o procedimiento novedoso, con nivel inventivo y susceptible de aplicación industrial[9]. Es el mismo concepto de invención el que excluye a los perfumes de este tipo de protección, entendiéndose a una invención como una "solución nueva a un problema técnico determinado"[10]. De tal forma, un perfume, como una sustancia que tiene la función de aromatizar, no responde al fin de solucionar un problema técnico determinado y menos aún puede decirse que posee un nivel inventivo o aplicación industrial específica.

Los perfumes, por lo tanto, al no ser invenciones y carecer de los requisitos antes mencionados, se excluyen de la protección del Derecho Invencional. No obstante, aunque no es posible en la legislación andina, Estados Unidos, por tener un régimen distinto de protección, sí posee el número máximo de patentes en el campo de la composición de perfume y la tecnología relacionada. La primera patente de EEUU, "la patente estadounidense número 1017669, se obtuvo en 1810 y la más reciente se concedió en 2006"[11]. Yendo de lo general a lo específico, el análisis de la protección del olor de los perfumes se enfocará en las categorías del Derecho Marcario y el Derecho de Autor. En adelante, se realizará un análisis extensivo de la normativa, la doctrina y jurisprudencia mundial y comunitaria que pueda brindar respuestas a la pregunta asunto del presente trabajo.

2. La protección bajo el Derecho Marcario

2.1 Definición

Para iniciar el análisis de la protección del olor del perfume bajo el Derecho Marcario, es necesario proveer una definición de "marca". La Decisión 486 referente al Régimen Común sobre Propiedad Industrial, en su artículo 134 establece que "[…]constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica"[12]. Por su parte, la ley española 17/2001, de Marcas, define a la marca como "todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras"[13]. Para el jurista Jorge Otamendi, la "marca es el signo que distingue un producto de otro o un servicio

8 Canaval Palacios, Juan Pablo. *Manual de Propiedad Intelectual*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, pp. 30-31.
9 Decisión 486 (2000). Artículo 14.
10 OMPI. *Glosario de términos*. http://www.wipo.int/ipstats/es/statistics/glossary.html (acceso: 18/08/2016)
11 Traducción libre. Patent Baristas. Ó*p. cit*. párrafo 4.
12 Decisión 486 (2000). Artículo 134.
13 Ley 17/2001 de Marcas (España). Artículo 4. Boletín Oficial del Estado No. 294, del 8 de diciembre de 2001.

de otro"[14]. El inciso segundo del artículo 81 de la Decisión 344 establece que "[s]e entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona"[15].

Todas estas definiciones ofrecen un claro panorama de lo que es una marca y su utilidad en el mundo comercial, dado que su función consiste en distinguir un producto o servicio producido por una persona, de los elaborados por otra. Con relación a los olores como marcas, la doctrina los ha colocado en la categoría denominada "marcas no convencionales", y en la subcategoría "marcas no visuales", dentro de la cual se encuentran también los sonidos, sabores y las texturas[16].

Para el jurista colombiano Juan David Castro García[17]:

> La noción de "marca no tradicional", no es difícil de precisar ya que se entiende por oposición a lo que se consideran las marcas "tradicionales", es decir, aquellas que se expresan a través de letras, números, palabras, dibujos o símbolos, y que son apreciadas por el sentido de la vista. De esta manera, una marca no tradicional es aquella que es percibida por cualquiera de los cinco sentidos y cuya representación debe ser hecha a través de métodos de representación no tradicionales. Las marcas no tradicionales son de dos tipos principalmente, las visuales (colores, formas, hologramas, imágenes en movimiento y marcas de posición) y las no visuales (sonidos, olores, sabores y texturas) que son percibidas por alguno o varios de los sentidos del ser humano[18].

De esta forma, se cumple el imprescindible requisito de definir la categoría y subcategoría en la cual se encuentran las marcas olfativas, institución objeto del presente estudio. En adelante, el análisis se enfocará en la situación de las marcas olfativas a escala mundial.

2.2 Situación de las marcas olfativas a escala mundial

La Legislación Andina, en su Decisión 486, protege las marcas que consisten en olores según lo dispuesto en el artículo 134, inciso segundo, literal c, postura que la mayoría de países a nivel mundial ha adoptado en sus legislaciones[19]. Dentro de los casos más notorios están Australia, Hong Kong, Marruecos, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Singapur, Corea, Taiwán y Canadá, que en su última reforma Bill C-31 enmendó la definición de marca e incluyó en ella los ámbitos de olor, sonido, sabor y textura[20]. La posibilidad de protección de los olores de los perfumes como marcas es clara. Sin embargo, como se demostrará, no se ha alcanzado el éxito deseado en el registro de marcas olfativas a escala nacional ni global, debido a ciertos factores. Entre estos, un

---

14 Tribunal Andino de Justicia. *Causa No. 12-IP-96/Marca Mixta Margarina Exclusiva*. Resolución del Tribunal Andino 12. Sentencia Interpretativa. Abril 7 de 1997.

15 Decisión 344. (1993). Artículo 81.

16 Traducción libre. Carapeto, Roberto. "A Reflection About the Introduction of Non-Traditional Trademarks". *Waseda Bulletin of Comparative Law Vol. 34* (2016).

17 Abogado especializado en propiedad intelectual. Profesor universitario y autor de diversas obras, entre ellas *La propiedad industrial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

18 Castro García, Juan David. "Las marcas no tradicionales". *La Propiedad Inmaterial*. Número 16. (2012), p. 297.

19 Decisión 486 (2000). Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.
c) los sonidos y los olores;

20 Traducción libre. STA Law Firm. "Don't steal my smell". En *Court Uncourt*. Volumen I, Tomo II (2014). pp. 2-4.

argumento en contra de las marcas olfativas es que la temperatura, los niveles de humedad y las condiciones del viento pueden afectar la potencia del olor y el olor en sí mismo[21]. En adelante, se analizará de forma breve los países que han registrado marcas olfativas a escala internacional.

2.2.1 Unión Europea

Respecto de la protección de las marcas olfativas en el viejo continente, la Corte Europea de Justicia, en la Resolución de la Segunda Sala de Recurso del 11 de febrero de 1999 en el Asunto R 156/1998-2, también conocido como caso Markgraaf B.V., o "el olor a hierba recién cortada" estableció precedente de la siguiente forma:

> Por consiguiente, se plantea la cuestión de determinar si esta descripción (descripción verbal) facilita información lo suficientemente clara como para que las personas que la lean tengan una idea inmediata e inequívoca de lo que constituye la marca cuando se utiliza en relación con pelotas de tenis. El olor a hierba recién cortada es un olor inequívoco que todo el mundo reconoce por experiencia de forma inmediata. Para muchos, el aroma o la fragancia de la hierba recién cortada recuerda a la primavera, el verano, campos de césped cortados, campos de deporte u otras experiencias agradables. La Sala admite que la descripción de la marca olfativa que se pretende registrar para pelotas de tenis es apropiada y se ajusta al requisito de la representación gráfica contemplado en el artículo 4 del RMC[22].

De esta forma, el requisito de representación gráfica se interpreta extensivamente por parte de la Corte Europea de Justicia y se amplía a la representación por medio de una descripción verbal de la marca.

Por otro lado, el 23 de marzo de 2016 entró en vigencia el nuevo Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo sobre la Marca en la Unión Europea, el cual elimina el requisito de la representación gráfica.

De acuerdo con la disposición transitoria de este reglamento, a partir del 1 de octubre de 2017, los signos podrán representarse en cualquier forma adecuada utilizando la tecnología generalmente disponible, siempre que la representación sea clara, precisa, autónoma, fácilmente accesible, inteligible, durable y objetiva[23].

Ignacio Temiño, explica que "el legislador ha abierto la puerta a las marcas olfativas, un tipo de registros que, debido a la imposición de la representación gráfica, era casi inexistente"[24]. Temiño entiende que "éste es un cambio radical y muy interesante para un amplio espectro de compañías centradas en las esencias de productos alimenticios y de fragancias las grandes marcas de perfumes podrían proteger sus enseñas de las copias *low cost* [...]"[25]. Sin embargo, el letrado Alberto Rabadán afirma:

21 *Ibíd*.

22 Corte Europea de Justicia. Segunda Sala de Recurso. Asunto R 156/1998-2/ Markgraaf B.V. Resolución del 11 de febrero de 1999.

23 Reglamento 2015/2424 (Unión Europea). 16 de diciembre de 2015.

24 Moreno, Víctor. *Llegan las marcas con olor*. http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/03/08/56df27d046163f713d8b45fd.html (acceso: 18/07/2016).

25 *Ibíd*.

> El texto legal no es lo suficientemente explícito y siguen quedando muchas incógnitas sobre cómo se deberán formular los registros de marcas olfativas, puesto que, hasta ahora, los tribunales no han admitido como representación entendible la formulación química o la cromatografía gráfica. La OAMI deberá interpretar la norma y marcar las pautas a seguir[26].

A pesar de las posibles dificultades que puedan aparecer en la aplicación del nuevo régimen, la presente reforma simboliza uno de los mayores avances en materia de marcas no convencionales; hay que esperar a ver cuál será el razonamiento de las Cortes en los casos concretos.

2.2.2 Reino Unido

En Reino Unido existen dos registros de marcas olfativas que establecieron un paradigma. La primera solicitud de registro de marca fue presentada por Sumitomo Rubber Company como "*floral fragrance-smell reminiscent of roses as applied to tyres*" (No. GB 2001416)[27]. Esta solicitud fue exitosa y llegó a ser conocida como la primera marca olfativa de Reino Unido. La segunda solicitud de marca olfativa fue presentada por Unicorn Products para la clase [28] como "*strong smell of bitter beer applied to flights for darts*" (No. GB 2000234)28. Ambas fueron registradas el 31 de octubre de 1994 (el primer día en que entró en vigencia el Trademark Act en dicho país)[29]. Sin embargo, el éxito posterior en el registro de marcas olfativas ha sido relativamente bajo por la negativa de la Oficina de Registro de Reino Unido en aprobar el cumplimiento de los requisitos de las solicitudes presentadas[30].

2.2.3 Estados Unidos de América

El juez Breyer de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, al dictar sentencia en el caso Qualitex, estableció que las disposiciones contenidas en el Lanham Act —principal estatuto de ley federal de marcas en los Estados Unidos— no pueden ser interpretadas de manera restrictiva[31]. Además, el mismo juez definió al signo distintivo como todo aquello capaz de transmitir un significado usado por seres humanos[32]. En los Estados Unidos se reconoció que los olores se pueden utilizar como identificadores de origen. En 1990, la Trademark Trial y Appeal Board sostuvo que el olor "*reminiscent of plumeria blossom*" era registrable para hilo de coser e hilo de bordar. Esta marca olfativa había adquirido un carácter distintivo por el uso, y este caso condujo a que la Oficina de Patentes y Marcas de EEUU aceptase que los olores puedan ser registrados como marcas. En otros casos, las solicitudes de registro de olores como marcas también han sido aceptadas[33].

---

26 *Ibíd*.
27 Traducción libre. Carsten, Schaal. The Registration of Smell Trademarks in Europe: another EU Harmonization Challenge. http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm#_ftnref15 (acceso: 18/07/2016).
28 Traducción libre. Carsten, Schaal. *Óp. cit*. sección C, párrafo 23.
29 Traducción libre. STA Law Firm. "Don't steal my smell". Court Uncourt. Volumen I, Tomo II (2014). pp. 2-4.
30 Traducción libre. Carsten, Schaal. *Óp. cit*., párrafo 18.
31 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Qualitex Co. c. Jacobson Products Co., Inc., 514 U.S. 159, 115 S. Ct. 1300, 131 L. Ed. 2d 248, 1995 U.S.* Sentencia, 9 de enero de 1995.
32 *Ibíd*.
33 Traducción libre. Carapeto, Roberto. *A Reflection About the Introduction of Non-Traditional Trademarks*. *Óp. cit*., sección 4.1.1.

Es así que la búsqueda en la Oficina de Patentes y Marcas de EEUU arrojó 10 marcas olfativas registradas activas[34]. Por otro lado, David Greenbaum explica de la siguiente forma que la funcionalidad es una cuestión clave en el registro de una marca olfativa en los EEUU:

> Cuando la gente oye hablar de que los olores pueden ser protegidos en virtud de la ley de marcas, de inmediato se entusiasman con la posibilidad de proteger los olores de los perfumes, pero esto no es posible, basándose en la actual interpretación de lo que es funcional. La idea de un perfume es impartir un olor agradable. Esto podría decirse que hace que un aroma de perfume se vuelva funcional, como sería el sabor de los alimentos[35].

Por esto, al Derecho Marcario estadounidense, aunque protege a las marcas olfativas y tiene ciertos registros en su oficina nacional, se le hace imposible registrar perfumes como marcas olfativas. Es el carácter funcional anteriormente mencionado el que limita dicha posibilidad.

2.2.4 Argentina

En 2004, en una decisión de primera instancia, los tribunales argentinos resolvieron que no hay fundamento legal para impedir el registro de las marcas olfativas. En el caso 7249/01, la compañía francesa de cosméticos L'Oreal presentó varias solicitudes de registro de olores de frutas, como uva y fresa, para recipientes de champú. Ante esto, las solicitudes fueron objeto de oposición por una empresa local dada una supuesta falta de carácter distintivo[36]. Sin embargo, la Corte llegó a la conclusión de que no hay falta de carácter distintivo del olor para las botellas y que no existe ningún motivo para rechazar la solicitud. La decisión citó y recibió una gran influencia de la decisión Markgraaf B.V. (1999). La decisión de la Sala de Recurso de la Oficina de Marcas de la Comunidad Europea en relación con "el olor a hierba recién cortada" para pelotas de tenis fue una influencia interesante de ley extranjera en el ámbito nacional[37].

2.2.5 Australia

El artículo 17 de la Ley de Marcas de Australia define que una marca es un signo utilizado o destinado a ser utilizado para distinguir productos o servicios provistos por una persona en el marco del comercio de bienes o servicios, frente a los provistos por cualquier otra persona[38]. El término "signo" incluye "los siguientes o cualquier combinación de los mismos, a saber, cualquier letra, palabra, nombre, firma, número, dispositivo, marca, dirección, etiqueta, boleto, aspecto de los envases, forma, color, sonido o aroma"[39]. En lo que refiere a marcas olfativas, la

34 Sobre las marcas olfativas registradas en la Oficina de Patentes y Marcas de EEUU, *vid*. Greene, Nick. *The 10 Scent Trademarks Currently Recognized by the U.S. Patent Office*. http://mentalfloss.com/article/69760/10-scent-trademarks-currently-recognized-us-patent-office. (acceso: 14/08/2016); "Flowery Musk Scent" In Verizon Stores Reg. 4618936; "Bubble Gum Scent For Sandals" Reg. 4754435; "Piña Colada Scent To Coat Ukuleles" Reg. 4144511; "The Coconut Smell That Fills Flip Flop Stores". Reg. 4113191; "Rose-Scented Marketing Products". Reg. 3849102; "Minty" Pain-Relief Patches. Reg. 3589348; "Strawberry Toothbrushes". Reg. 3332910; "Strawberry, Cherry, And Grape Lubricants for Combustion Engines". Reg. 2568512, 2596156, 2463044

35 Traducción libre. Greene, Nick. *The 10 Scent Trademarks Currently Recognized by the U.S. Patent Office*. http://mentalfloss.com/article/69760/10-scent-trademarks-currently-recognized-us-patent-office (acceso: 14/08/2016).

36 Carapeto, Roberto. "A Reflection About the Introduction of Non-Traditional Trademarks". En *Waseda Bulletin of Comparative Law Vol. 34* (2016). Traducción propia.

37 *Ibíd*.

38 *Ibíd*.

39 Traducción libre. Carapeto, Roberto. *A Reflection About the Introduction of Non-Traditional*. *Óp. cit*., p. 49.

Oficina de Marcas australiana acepta una descripción verbal precisa de un aroma como una "representación gráfica" de la marca. Además, hay registros para el olor de "Eucalipto Radiata" con respecto a *tees* de golf, y además derechos de emisión de una solicitud del "fuerte olor a cerveza"[40].

2.2.6 Corea

La Ley de Marcas de Corea fue modificada en 2012 para ampliar la protección al sonido, al olor y otras marcas no convencionales con el fin de reflejar las disposiciones del Tratado de libre Comercio (TLC) entre Corea y los Estados Unidos. Es claro por estas disposiciones que las marcas no visuales, tales como sonidos y olores, pueden ser registradas como tales. Sin embargo, en el examen de la práctica actual en Corea, las marcas no visuales son consideradas como incapaces de tener el carácter de distintivas *per se*[41].

2.3 Requisitos esenciales de las marcas en la Comunidad Andina

El artículo 134 de la Decisión 486 determina los requisitos para que un signo pueda convertirse en marca: (i) que el signo sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado; y (ii) que sea susceptible de representación gráfica[42]. En adelante, se procederá a analizar si los olores de los perfumes cumplen los requisitos fundamentales para ser signos objetos de protección bajo el Derecho Marcario en la subregión andina, con el fin de brindar una respuesta al problema jurídico en cuestión. En primer lugar, se analizará los dos requisitos fundamentales que prescribe la Legislación Andina, que son la distintividad y la susceptibilidad de representación gráfica del signo. Luego, el análisis se enfocará en las prohibiciones de registrabilidad prescritas por los artículos 135 y 136 de la Decisión 486, con el fin de establecer si los olores de los perfumes recaen en una o más de ellas. Por último, en esta sección, se brindará una respuesta a la interrogante de si los olores de los perfumes pueden ser protegidos bajo el Derecho Marcario en la Comunidad Andina.

2.3.1 Distintividad

El Tribunal Andino se ha pronunciado respecto de la distintividad aseverando que:

> El signo contemplado en forma aislada no tiene ninguna protección jurídica. Este elemento intencional [la distintividad] debe tener una concreción material en un bien o servicio con una característica esencial como es su poder distintivo, que permita al consumidor diferenciar unos productos o servicios de una empresa de los de la competencia[43].

De esta forma, la distintividad surge como un requisito que solo cobra efecto cuando sirve al consumidor para saber qué productos son elaborados por una determinada compañía y cuáles

40 *Ibíd*.
41 Traducción libre. Carapeto, Roberto. "A Reflection About the Introduction of Non-Traditional Trademarks". *Waseda Bulletin of Comparative Law Vol. 34* (2016).
42 Decisión 486. *Óp. cit.*, Artículo 134.
43 Tribunal Andino de Justicia. *Causa No. 12-IP-96/Marca Mixta Margarina Exclusiva*. Resolución del Tribunal Andino 12. Sentencia Interpretativa. Abril 7 de 1997.

son elaborados por otra. La distintividad toma un rol fundamental en la marca desde dos perspectivas: frente a otro signo para diferenciarlo, y ante los productos que la marca representa para que el usuario pueda, dentro de su opción, también diferenciarlos ante la competencia por la capacidad y la idoneidad de satisfacer sus necesidades[44]. Lo distintivo es lo que hace que una persona, cosa u objeto, por sus características subjetivas u objetivas o por rasgos, naturaleza, funciones o condiciones interiores o exteriores sea distinta a la otra y este carácter, por lo tanto, conduce a diferenciar a dos personas y objetos[45]. En este respecto, no se discute que los olores –al igual que otros signos– puedan ser distintivos de acuerdo con las características que ostenten[46].

Con relación al requisito de distintividad de las marcas olfativas, no ha existido un debate jurídico muy profundo. Este se ha centrado en torno al requisito de representación gráfica, que se tratará más adelante. Por otro lado, entrando en análisis, respecto de la distintividad de los olores, José Liévano Mejía afirma:

> Al igual que ocurre con las formas de los productos, los olores por sí solos no tienen la capacidad inherente de hacer distintivo un producto en el mercado, ya que un olor en sí mismo, sólo permite diferenciar el producto, sin que sea posible su identificación, pues éstos no le permiten al consumidor asociar el producto con su origen empresarial. Por esta razón, en principio, el olor de un producto no puede cumplir con el requisito de distintividad.[47]

En este sentido, Liévano Mejía diferencia muy bien dos aspectos importantes del signo distintivo, como lo son la diferenciación y la identificación. Por ello, una persona al percibir el olor a rosas de un determinado producto logra diferenciarlo de otros similares con olores distintos. No obstante, en primera instancia, no logra identificar el origen empresarial de dicho producto con certeza.

Ante esta falta de distintividad intrínseca de los olores, el mismo Liévano Mejía identifica dos situaciones en las cuales el olor de un producto sí puede ser distintivo. Lo expresa de la siguiente forma:

> La primera se da cuando el olor del producto es completamente novedoso y difiere de manera significativa al que habitualmente se acostumbra a usar en los productos de la misma categoría en el mercado y adicionalmente va acompañado de una imagen (ya sea palabras o figuras). Bajo este supuesto, el olor el permite al consumidor diferenciar el producto en el mercado, mientras que la imagen denominativa o figurativa que se le añade, garantiza que el consumidor pueda asociar dicho olor del producto con su origen empresarial. Solo de esta manera se cumple cabalmente con el requisito de distintividad. La segunda situación se presenta cuando el olor del producto adquiere distintividad, sin tener la capacidad inherente para ello, a través de la configuración del significado secundario. En este evento se considera que el uso prolongado e ininterrumpido de un olor particular sobre un producto ha permitido que los consumidores lo distingan a través de éste. Es evidente que en este caso también se exige que el olor del producto sea totalmente novedoso y diferente al que habitualmente tienen los productos de la misma categoría.[48]

44 Tribunal Andino de Justicia. *Causa No. 12-IP-96/Marca Mixta Margarina Exclusiva*. Resolución del Tribunal Andino 12. Sentencia Interpretativa. Abril 7 de 1997.
45 *Ibíd*.
46 *Ibíd*.
47 Liévano Mejía, José Daniel. *Aproximación a las Marcas No Tradicionales*. Monografía Especialización en Derecho Comercial. Universidad Javeriana, Bogotá, 2013, p. 29.
48 Liévano Mejía, José Daniel. *Aproximación a las Marcas No Tradicionales*. Monografía Especialización en Derecho Comercial. Universidad Javeriana, Bogotá, 2013, p. 29.

De tal forma, los olores podrían cumplir el requisito inexequible antes mencionado. Es pertinente aclarar que, aunque la distintividad no es un elemento propio de los olores, es subsanable en cada caso concreto de acuerdo con las dos situaciones mencionadas.

2.3.2 Representación gráfica

El requisito de representación gráfica sí ha sido materia de discusión con opiniones diversas respecto a la posibilidad de representar gráficamente un olor. Por ello, es necesario entender la definición de representación gráfica que los tribunales aceptan, la cual consiste en "la aptitud que posee un signo de ser descrito o reproducido en palabras, imágenes, fórmulas u otros soportes, es decir, en algo perceptible para ser captado por el público consumidor"[49].

Para cumplir el requisito de representación gráfica en las marcas olfativas, se han buscado varios métodos, entre esos su fórmula química, su descripción verbal, el depósito de una muestra, la combinación de los tres métodos[50]. Con ocasión del caso Sieckmann —considerado emblemático y sin precedente en la materia—, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) los analizó todos y concluyó que ninguno era idóneo para representar un olor[51]. El caso Sieckmann marcó precedente por la elaboración de sus argumentos y ha sido mayormente aceptado a escala mundial por las cortes. Así, se partirá de dichos criterios para explicar cómo el requisito inexequible de representación gráfica no podría ser cumplido en las solicitudes de marcas olfativas en la Comunidad Andina. El jurista Juan David Castro García hace la siguiente explicación de por qué ninguna de las alternativas de representación gráfica ha sido aceptada, tomando como base el Caso Sieckmann:

> Según el TJUE, si un signo de este tipo es registrado ningún observador razonable estará en capacidad de determinar exactamente qué signo es y el marco de protección que le es otorgado, esto por las siguientes razones: a. Si es representado a través de una fórmula, ésta no es accesible a todo el mundo y no representa el olor de una sustancia sino la sustancia en sí misma, además pocas personas lo pueden identificar. Una fórmula no es suficientemente clara y precisa para constituir una representación gráfica aceptable. b. Una descripción de un olor por medio de palabras, aunque sea gráfica no resulta suficientemente clara, precisa y objetiva. c. El depósito de una muestra del olor no constituye una representación en sí misma y además no es estable y durable. d. Finalmente, si varios modos de representación no son suficientes en sí mismos, su combinación no constituye tampoco una representación gráfica válida. A todo lo anterior se puede agregar que aún no existe una clasificación internacional de olores[52].

Es así que este elemento no solo se encuentra vinculado con el mero cumplimiento de un requisito formal, sino que está íntimamente relacionado con la materialización o factibilidad externa para el registro, esto es, la publicación y el archivo[53]. El Tribunal Andino de Justicia, en su interpretación prejudicial 12-IP-96[54], Colombia, Marca Mixta Margarina Exclusiva, hace referencia a los aspectos prácticos de registrabilidad de las marcas no convencionales, en

---

49 Tribunal Andino de Justicia. *Causa No. 242-IP-2015/ Marca: Textura Superficie 'Old Parr'*. Resolución del Tribunal Andino. Sentencia Interpretativa. Agosto 24 de 2015.
50 Castro García, Juan David. "Las marcas no tradicionales". *La Propiedad Inmaterial*. Número 16. (2012). p. 311.
51 *Ibíd*.
52 *Ibíd*.
53 Tribunal Andino de Justicia. *Causa No. 175-IP-2012/Marca Tagra*. Sentencia Interpretativa. Febrero 20 de 2013.
54 *Ibíd*.

específico las olfativas[55]. El Tribunal afirma que el requisito de la representación gráfica del signo, en marcas gustativas y olfativas, impide que estas sean registrables, no por la existencia de una prohibición, sino por la dificultad práctica[56] y real de describir el signo como elemento de conocimiento para el público y de los efectos prácticos de registrabilidad[57]. De tal modo, las marcas olfativas no encuentran un impedimento legal sino uno meramente práctico para su registro, lo que no deja de ser perjudicial para su surgimiento en el mercado andino.

El profesor Manuel Otero, citado en innumerables jurisprudencias del Tribunal Andino, respecto a la representación gráfica, afirma que:

> El requisito de que el signo sea "susceptible de representación gráfica", no parece "que responda a la propia naturaleza de la marca como signo distintivo, sino más bien a exigencias actuales en cuanto a la necesidad de "registrar" el signo en la correspondiente Oficina de Patentes y Marcas" […] Este requisito no viene impuesto por la propia naturaleza de los signos en el sentido de que solo tengan aptitud para ser marcas los que sean susceptibles de representación gráfica, sino que obedece a la situación actual de las Oficinas de Patentes y Marcas. En efecto, en principio, se puede afirmar que un olor o un sabor son signos o, por mejor decir medios, que pueden diferenciar un producto de sus similares desde el punto de vista de su esencia, tales medios no solo pueden responder teóricamente al concepto mismo de marca, sino que pueden reunir el principal requisito exigible a la marca: la aptitud diferenciadora. El problema que se plantea actualmente con estos "medios" es el de "registrarlos" o hacerlos constar en la Oficina de Patentes y Marcas. Estamos pues, más ante un problema de índole material, que ante una cuestión sustancial. De aquí que si se llegase a resolver en el futuro el problema de su "registrabilidad" no parece que existiesen obstáculos conceptuales para considerar estos "medios como verdaderas marcas" Admite, que no debería limitarse la registrabilidad exigiendo el requisito de la "susceptibilidad de representación gráfica", ya que si llegan a poder ser registrados no parece que exista ningún obstáculo conceptual para admitirlos como marcas[58].

Frente al obstáculo para cumplir el presente requisito, los tribunales han denegado el registro de marcas olfativas. Dicha negativa se ha fundamentado en la imposibilidad de su representación gráfica. La representación gráfica es un requisito que en marcas convencionales como las denominativas o gráficas se facilita cumplir por la naturaleza de las mismas y dado que son percibidas por el sentido de la vista. En marcas no convencionales, como las olfativas (objeto del presente estudio) o auditivas, la representación gráfica se convierte en un requisito con dificultad práctica, ya que dichos signos distintivos no son percibidos por la vista. En el día a día, esto involucra que la marca no pueda ser registrada dado que no cumple dicho requisito. Como consecuencia de dicha imposibilidad de representación gráfica, también surge la dificultad de describir el signo como elemento de conocimiento para el público.

---

55 *Ibíd*.

56 Sobre la dificultad práctica de representación gráfica de las marcas olfativas *vid*. Tribunal Andino de Justicia. *Causa No. 38-IP-99; Causa No. 151-IP-2012; Causa No. 32-IP-96; Causa No. 33-IP-95; Causa No. 5-IP-2001; Causa No. 36-IP-99; Causa No. 63-IP-2000; Causa No. 115-IP-2012; Causa No. 107-IP-2012*.

57 *Ibíd*.

58 Tribunal Andino de Justicia. *Causa No. 12-IP-96/Marca Mixta Margarina Exclusiva*. Sentencia Interpretativa. Abril 7 de 1997.

2.4 Prohibiciones de registrabilidad de las marcas en la Comunidad Andina

Una vez analizados los requisitos que debe cumplir un olor para ser registrado como una marca, es de fundamental importancia examinar si los olores, por su naturaleza, recaen sobre una de las prohibiciones de registrabilidad de marcas. Los artículos 135 y 136 de la Decisión 486 establecen las prohibiciones de registrabilidad objetivas y subjetivas en el área de la Comunidad Andina. Al respecto de las marcas olfativas, en primera instancia, no debería existir ninguna prohibición de registrabilidad ya que se encuentra como uno de los signos enlistados en el artículo 134 que pueden constituir una marca. En lo posterior, se analizará si estos signos podrían llegar a ser objeto de una de las prohibiciones. De ser así, esto ocasiona una antinomia en el ordenamiento jurídico.

El primer tema que entra en análisis al respecto de las marcas olfativas es la distintividad de los olores, objeto de la primera prohibición de irregistrabilidad del artículo 135 literal b[59]. Hoy en día, la cantidad de perfumes que se crean en la industria se cuentan por millares, y muchos varían sus olores de forma perceptible solo para los expertos. Esto podría generar grandes dificultades al momento de su registro como marcas, dado que la distintividad es un elemento esencial para ello.

Además, la falta de distintividad posiblemente dé apertura a oposiciones al registro por parte de los propietarios de derechos sobre marcas con olores similares, lo cual podría caer en dos extremos: el un extremo posible sería la total aceptación de las oposiciones, lo cual generaría una especie de monopolio de los olores en la industria; y en el otro extremo, la total negación de las oposiciones, con una consecuente desprotección de marcas registradas. Esto último conduciría a la existencia de dos marcas muy similares y, por lo tanto, con poca distintividad en el mercado.

---

59 Decisión 486 (2000). Artículo 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que: a) no puedan constituir marca conforme al primer párrafo del artículo anterior*; b) carezcan de distintividad; c) consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza o la función de dicho producto o del servicio de que se trate;* d) consistan exclusivamente en formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican; e) consistan exclusivamente en un signo o indicación que pueda servir en el comercio para describir la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de producción u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse dicho signo o indicación, incluidas las expresiones laudatorias referidas a esos productos o servicios; f) consistan exclusivamente en un signo o indicación que sea el nombre genérico o técnico del producto o servicio de que se trate; g) consistan exclusivamente o se hubieran convertido en una designación común o usual del producto o servicio de que se trate en el lenguaje corriente o en la usanza del país; h) consistan en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica; i) puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia geográfica, la naturaleza, el modo de fabricación, las características, cualidades o aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate; j) reproduzcan, imiten o contengan una denominación de origen protegida para los mismos productos o para productos diferentes, cuando su uso pudiera causar un riesgo de confusión o de asociación con la denominación; o implicase un aprovechamiento injusto de su notoriedad; k) contengan una denominación de origen protegida para vinos y bebidas espirituosas; l) consistan en una indicación geográfica nacional o extranjera susceptible de inducir a confusión respecto a los productos o servicios a los cuales se aplique; m) reproduzcan o imiten , sin permiso de las autoridades competentes, bien sea como marcas, bien como elementos de las referidas marcas, los escudos de armas, banderas, emblemas, signos y punzones oficiales de control y de garantía de los Estados y toda imitación desde el punto de vista heráldico, así como los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones de cualquier organización internacional; n) reproduzcan o imiten signos de conformidad con normas técnicas, a menos que su registro sea solicitado por el organismo nacional competente en normas y calidades en los Países Miembros; o) reproduzcan, imiten o incluyan la denominación de una variedad vegetal protegida en un País Miembro o en el extranjero, si el signo se destinara a productos o servicios relativos a esa variedad o su uso fuere susceptible de causar confusión o asociación con la variedad; o p) sean contrarios a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres.

Si es que llegaran a registrarse marcas con poca distintividad, podría llevarse a la confusión al consumidor, lo cual generaría una falla en el sistema de protección del Derecho Marcario.

La segunda prohibición de registrabilidad objetiva aplicable al caso de las marcas olfativas es la que se da sobre marcas que consistan exclusivamente en características impuestas por la naturaleza o función del producto que se trate[60]. En el caso Chanel, uno de los primeros casos notables respecto de los olores de los perfumes, la Corte tuvo un criterio contrario a la posibilidad de protección. La reconocida Compañía Chanel intentó registrar la marca olfativa "Chanel No. 5" con una descripción detallada del olor del perfume. No obstante, la Corte denegó la solicitud argumentando que la descripción de la marca no puede ser resultado de la misma descripción del producto ofrecido. Sin embargo, el olor de un perfume es el bien en sí mismo, y por esto no podría ser registrada como una marca[61]. El razonamiento de la Corte se encuentra vinculado directamente con la prohibición de registrabilidad del literal b del artículo 135 de la Decisión 486[62].

De esta forma, una marca nunca podría consistir exclusivamente en las características impuestas por la naturaleza o función del producto de que se trate. En el caso de los perfumes, la marca siempre tendrá ese carácter ya que la descripción de la marca siempre corresponderá a la descripción del producto ofrecido. Cabe recalcar que, aunque la sentencia del caso Chanel no es vinculante para los jueces nacionales en la Comunidad Andina, informa de manera acertada acerca de cómo se entiende el literal de la prohibición de registrabilidad.

Ahora bien, el artículo 136 prescribe las prohibiciones de registrabilidad por la existencia de derechos subjetivos de terceros que pudieran ser afectados por el registro; dentro de ellas, se analizará el literal a, debido a la correlación con la prohibición de registrabilidad objetiva de distintividad[63]. La primera prohibición de registrabilidad del artículo 136 prescribe que no podrán registrarse como marcas aquellos signos que "sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación"[64].

En este sentido, el olor de un perfume que pretenda ser registrado como marca que cuente con un olor similar al de otro no podrá ser registrado dado que tiene como fin distinguir el mismo tipo de producto. Esto, como ya se ha mencionado con anterioridad, podría llevar a un monopolio de los olores, estancando así la innovación en la creación de olores nuevos de perfumes.

---

60 Decisión 486 (2000). Artículo 135.

61 Traducción libre. Carsten, Schaal. *The Registration of Smell Trademarks in Europe: another EU Harmonisation Challenge*. http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm#_ftnref15 (acceso: 18/07/2016).

62 Decisión 486 (2000). Artículo 135.

63 Decisión 486 (2000). Artículo 136.

64 *Ibíd*.

2.5 Conclusión sobre la protección de los perfumes bajo el Derecho Marcario

En síntesis, las marcas olfativas en la región andina, aunque se encuentran contenidas como uno de los signos protegidos por el Derecho Marcario Comunitario, hallan impedimentos tanto legales como prácticos para su efectivo registro. Dentro de los requisitos inexequibles que deben cumplir las marcas olfativas para su registro, encuentran varios obstáculos.

El primer obstáculo está vinculado con la falta de distintividad, ya que los olores carecen de la capacidad inherente de hacer distintivo un producto en el mercado y solo sirven para la diferenciación, pero no para la identificación del origen comercial del producto. En este sentido, como se ha explicado con anterioridad, los olores que pretendan ser registrados como marcas deberán adquirir distintividad mediante una de las dos situaciones que menciona el autor: el uso prolongado de un olor novedoso, o el uso de un olor novedoso vinculado con una imagen que asocie el origen empresarial. La verificación del cumplimiento del presente requisito deberá ser analizado caso por caso por las Oficinas Nacionales de Registro.

El segundo obstáculo se presenta con la imposibilidad de cumplimiento del requisito de representación gráfica. Tal como se mencionó, dicho requisito en marcas olfativas no ha podido ser cumplido con las solicitudes que han presentado una fórmula química, su descripción verbal, el depósito de una muestra y/o la combinación de los tres métodos. De esta forma, el incumplimiento del presente requisito resultaría en el rechazo contundente de cualquier solicitud de registro.

Por otra parte, existen dificultades prácticas que han colaborado a que las marcas olfativas no puedan ser registradas. Tales dificultades principalmente se encuentran vinculadas con el registro y a cómo esta representación pueda cumplir los requisitos de durabilidad, estabilidad, precisión, claridad y consistencia de manera que ofrezca al público una idea concreta de lo que se está protegiendo, y hasta qué ámbito.

En lo relacionado con el registro de los olores de los perfumes como marcas olfativas, se encuentra un impedimento legal contundente que evita que sean registrables: el literal c del artículo 135 de la Decisión 486, que establece una prohibición de carácter funcional[65]. Así, la descripción de la marca no puede ser resultado de la misma descripción del producto ofrecido; y como el olor de un perfume es el bien en sí mismo, este no podría ser registrado como una marca. De tal forma, es concluyente la posición del presente trabajo al afirmar que los olores de los perfumes en la Comunidad Andina no pueden ser objeto de protección bajo el Derecho Marcario en primera instancia. Tomando en cuenta las dificultades prácticas y los impedimentos legales que se presentan y que se han tratado con anterioridad en el desarrollo del presente estudio, es notorio que este tipo de signos distintivos requieren de una solución para su protección en el Derecho Marcario que asegure a las personas jurídicas y naturales la protección de las obras creadas. Ahora bien, al respecto de las marcas olfativas de forma general que no se encasillen dentro de la prohibición de registrabilidad del literal b del artículo 135 de la Decisión

65 Decisión 486 (2000). Artículo 135.

486, es necesario que las oficinas de registro de marcas de cada país de la Comunidad Andina tomen las medidas pertinentes para que desaparezcan las dificultades técnicas anteriormente mencionadas. En adelante, se analizará si es posible la protección de los olores de los perfumes bajo el Derecho de Autor.

3. La Protección bajo el Derecho de Autor

En primer lugar, es pertinente hallar una definición del Derecho de Autor en la Comunidad Andina, para entender en qué forma su protección podría recaer sobre los olores de los perfumes. El Derecho de Autor es definido como "el conjunto de normas que protegen al autor como creador de una obra en el campo literario y artístico, entendida ésta, como toda expresión humana producto del ingenio y del talento que se ve materializada de cualquier forma perceptible por los sentidos y de manera original"[66]. De la anterior definición se extraen elementos que definen el régimen de protección andino bajo el Derecho de Autor, y cómo este podría amparar a los perfumes. Esto es, que el Derecho de Autor Comunitario protege obras artísticas producto del ingenio y del talento que cuentan con originalidad y son perceptibles por *cualquiera* de los sentidos. El Derecho de Autor es una subdivisión dentro de la institución de la Propiedad Intelectual, en virtud de la cual se concede protección a las obras expresadas a través de los géneros literario o artístico; su objeto son las creaciones o manifestaciones del espíritu emitidas de manera que puedan ser percibidas, y nace con la obra sin que para ello se demande formalidad alguna[67].

Asimismo, "[e]l Derecho de Autor protege las obras literarias, científicas y artísticas, sin entrar a valorar la calidad, temática o destinación de la misma. No se protegen las ideas, métodos o procedimientos, sino su forma concreta plasmada (…)"[68]. En este sentido, el Derecho de Autor no hace valoraciones de las obras en su calidad o destino, sino que meramente revisa la originalidad plasmada por la mente del autor.

En esta sección se analizará en primer lugar la jurisprudencia y doctrina internacional respecto de la protección del olor de los perfumes, con el fin de dar una visión general de cuál ha sido el desarrollo en esta materia. Luego, se analizará la compatibilidad de los perfumes como creaciones de la mente humana con el régimen de protección de obras del Derecho de Autor en la región andina. Se analizará si los perfumes cumplen los requisitos fundamentales prescritos por la Decisión 351 sobre Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comunidad Andina, tomando como referencia el Derecho Comparado. Posteriormente, se brindará una respuesta a la posibilidad de protección bajo el Derecho de Autor Comunitario. Por último, se ofrecerá una conclusión general respecto del problema jurídico objeto del presente texto jurídico.

---

66 Centro Colombiano del Derecho de Autor. *Glosario de preguntas*. http://www.cecolda.org.co/index.php/derecho-de-autor/preguntas-frecuentes (acceso: 18/07/2016).
67 Vega Jaramillo, Alfredo. *Manual de Derecho de Autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2010.
68 *Ibíd*.

3.1 Protección del olor de los perfumes bajo el Derecho de Autor a nivel internacional

En el análisis de la jurisprudencia global y la doctrina especializada, es notorio que las opiniones han sido diversas respecto de la protección de los perfumes bajo el Derecho de Autor. Dado que la controversia respecto de la protección ha sido bastante amplia a escala internacional, el presente artículo, por su extensión, se referirá a aquellos casos que sustentan la protección. En el caso de Bsiri-Barbir v. Haarmann & Reimer, que se llevó ante el Tribunal de Casación en París, Francia, en 2006, se sostuvo que los perfumes no pueden ser propiedad. La Corte manifestó que:

> Un perfume no constituye la creación de una forma de expresión que puede ser propiedad bajo el título "El trabajo de una mente". Es mero conocimiento técnico. Esta fue una decisión sin precedentes. Francia se supone que es un pionero de perfumes y aromas desde tiempos inmemoriales. Uno hubiera asumido que una nación con una historia rica en la producción y uso de perfume sería consciente de la propiedad intelectual en forma de Derecho de Autor conferida a un perfume.[69]

La decisión adoptada por la Corte en este sentido fue errónea al sostener que los perfumes no son obras del ingenio sino un mero conocimiento técnico, cuando es el mismo Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el que define a la perfumería como arte[70]. El tribunal francés consideró que los perfumistas son meros artesanos, como los carpinteros o los fontaneros, y no artistas, y que, como tales, sus obras no cumplen los requisitos para ser protegidas por Derecho de Autor[71], de modo que desprestigió el arte de los perfumistas para sugerir la inexistencia del requisito de obra de sus creaciones. Tres días después de la sentencia del tribunal francés, una sentencia sentó precedente: el Tribunal Supremo de los Países Bajos dictaminó en junio de 2006 que la fragancia de un perfume puede, en principio, ser objeto de protección mediante el Derecho de Autor, en el caso conocido como Lancôme v. Kecofa[72]. Sin duda alguna, esta sentencia marcó un hito en la protección de los perfumes como obras protegidas por el Derecho de Autor, apoyada en un razonamiento que hizo la Corte de la siguiente manera:

> El Tribunal se centró sencillamente en los requisitos incondicionales necesarios para obtener la protección: como cualquier otra expresión perceptible, si un olor es original puede en principio ser objeto de protección por Derecho de Autor. El requisito de originalidad supone que no puede otorgarse protección a un perfume que reproduce con exactitud, por ejemplo, la fragancia de las rosas, del mismo modo que se negaría la protección a un modelo exacto en tres dimensiones del monte Cervino. Por la misma razón, una fragancia que se asemeje a un perfume clásico puede que no cumpla los requisitos. Sin embargo, si un perfumista le da su propio toque personal a una fragancia, ésta sí que podría reunir los criterios para ser protegida[73].

69 Traducción libre. Patent Baristas. *Smelly Rights: Copyright in Perfume*, 2010 http://www.patentbaristas.com/archives/2010/01/19/smelly-rights-copyright-in-perfume/ (acceso:18/07/2016).

70 Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. "Perfumería". http://dle.rae.es/?id=SbQAgtq (acceso: 16/08/2016).

71 Traducción libre. *Cfr*. Koelman, Kamiel. "El Derecho de Autor ante los tribunales: ¿El perfume como expresión artística?". *Revista de la OMPI* Número 5 (2006).

72 *Ibíd*.

73 *Ibíd*.

Así, el Tribunal analizó la protección de los olores de los perfumes desde los requisitos legales incondicionales para que opere la protección por el Derecho de Autor, es decir, la existencia de una obra del ingenio humano dotada de originalidad. Esto se ve reflejado en la etapa procesal del presente caso en la cual se producen los siguientes acontecimientos:

> Kecofa trató de cuestionar la originalidad de Trésor basándose en que sencillamente había sido obtenido a partir de una larga tradición de perfumes y, por tanto, que era similar a algunos perfumes ya existentes. En respuesta a esto, el Tribunal Supremo dijo en concreto que el requisito de originalidad no significa que un producto tenga que ser absolutamente nuevo, sino que el fabricante debe haber aplicado su propia creatividad al mismo[74].

Es decir, el Tribunal al referirse a la originalidad no establece una total novedad del olor, sino que el fabricante debe haber aplicado un nivel creativo al innovar dentro del mismo aroma, tal como se da con las nuevas versiones de perfumes tradicionales, como es el caso de la innovación del nuevo "Chanel No. 5" lanzado en las últimas semanas. Al elaborar un perfume, no hay duda de que el olor no es un producto de la mente del creador. Sin embargo, el hecho de que el autor identificó la capacidad de una sustancia para emitir una cierta fragancia, que tal olor pueda ser explotado comercialmente, y que el creador usando su ingenio o talento reunió a una serie de sustancias para generar un olor particular, debe reconocerse. El olor de los lirios, por ejemplo, o un olor parecido a un perfume mayor no pueden reclamar los derechos de autor, sin embargo, lo que debe ser protegido es el toque de originalidad propuesto por el creador. La creación de un perfume es después de todo no menos arte que, por ejemplo, escribir un libro o pintar un cuadro[75].

3.2 Elementos esenciales de una obra protegida por el Derecho de Autor en la Comunidad Andina.

La Decisión 351 de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, en su artículo 4, establece su ámbito de protección en la Comunidad Andina, prescribiendo que "[l]a protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer"[76]. Ahora bien, es menester referirse a la definición de "obra" para poder realizar un análisis pormenorizado del perfume como elemento en tal categoría. La Decisión 351, en su artículo 3, la define como "toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma"[77]. Además, "[e]l Derecho de Autor protege todas las expresiones creativas, de carácter literario o artístico, inclusive las creaciones de autores muy reconocidos o reputados como 'genios' y las obras de autores artesanos o que carecen de estudios y formación académica"[78]. En este respecto, es pertinente la anterior afirmación del jurista Alfredo Vega Jaramillo, dado que muchos autores han considerado a los

74 *Ibíd*.
75 Traducción libre. Patent Baristas. *Smelly Rights: Copyright in Perfume*. *Op. cit*., párrafo 28.
76 Decisión 351 (1993). Artículo 4.
77 *Ibíd*.
78 Vega Jaramillo, Alfredo. *Manual de Derecho de Autor*. *Op. cit*., p. 17.

perfumeros como meros artesanos con un conocimiento técnico marginal, mas no como artistas merecedores de la debida protección de sus obras. De esta forma, es claro que los perfumes se pueden catalogar como obras, en específico, las artísticas. Además, los perfumes, en efecto, pueden reproducirse por la producción del líquido-esencia que emana el olor.

Dicho lo anterior, el perfume contaría con el requisito de ser una obra del ingenio humano que cuenta con originalidad, en su sentido objetivo, como el producto de una labor intelectual independiente; y en su sentido subjetivo, como el reflejo de la personalidad del autor. De tal modo se pronuncia Sergio Balañá Vicente, abogado especialista en Propiedad Intelectual, afirmando que:

> En materia de perfumes se alega que el número de posibles fragancias es reducido. Y ello tanto por razones estéticas (la fragancia necesariamente tiene que "oler bien") como por razones relacionadas con las particularidades de nuestro sentido del olfato (las variaciones propuestas deberán ser perceptibles). En consecuencia, se alega que el margen para la originalidad es muy estrecho. La práctica demuestra, de hecho, que la mayoría de fragancias en materia de perfumes constituyen variaciones sobre un mismo tema. Esto, sin embargo, no impide que aquellas fragancias que no sean una mera variación de una fragancia anterior puedan ser protegidas como creaciones originales[79].

Por lo expuesto, es evidente que el margen de originalidad en los perfumes, o en particular en sus olores, se ve reducido y debe ser analizado en su estrechez, permitiendo que las diferencias primen al momento de determinar su unicidad. Tal como lo afirma Balañá Vicente, es evidente que la cantidad de perfumes que pueden, en efecto aromatizar, es reducida[80].

Por ello, gran cantidad de perfumes nuevos son variaciones con nuevos agregados de perfumes anteriores, obra que es compatible con el concepto de obra derivada y cuyo análisis, por tanto, es pertinente.

"La obra derivada puede realizarse sobre la base de una o varias obras preexistentes, o sobre hechos y datos, también preexistentes, pero cuya elaboración, por la forma original de su expresión, constituye un acto creativo"[81].

Así, un nuevo olor de perfume que se cree con base en uno o más perfumes preexistentes, como una variación, podrá ser un acto creativo y por lo tanto objeto de protección bajo el Derecho de Autor Comunitario. Cabe recalcar que, sobre la base de la definición de obra derivada, esta podrá ser resultado de cualquier tipo de transformación de una obra originaria, siempre que resulten en una creación totalmente autónoma[82].

79 Traducción libre. Balañá Vicente, Sergio. *"The scent appropriation: perfume protection through author rights"*. http://www.percepnet.com/cien07_07.htm (acceso: 18/07/2016).
80 *Ibíd*.
81 Vega Jaramillo, Alfredo. *Manual de Derecho de Autor*. *Óp. cit.*, p. 19.
82 *Ibíd*.

Al interpretar el artículo 4 de la Decisión 351, se evidencia que la lista de todo aquello que puede considerarse como obra es ejemplificativa, mas no taxativa[83]. De tal forma, el perfume como tal podría entrar en aquella lista de obras no mencionadas y ser objeto de protección mediante el Derecho de Autor.

En otro asunto, es pertinente recalcar lo que manifiesta el artículo 1 de la Decisión 351: menciona que el Derecho de Autor nace y se protege por el solo hecho de la creación de la obra, independientemente de su mérito, destino o modo de expresión[84]. Esto es directamente aplicable al caso en concreto, ya que de tal forma se protegería al perfume por su creación y no en virtud de su mérito o calidad, destino y en especial no por la diferente forma de expresión que tendría.

Una vez reconocido que los perfumes son obras artísticas que pueden ostentar originalidad y que son capaces de ser reproducidos, es claro que pueden ser protegidos por el Derecho de Autor. Es así que el autor de un perfume bajo protección del Derecho de Autor contará con derechos con contenido tanto moral como patrimonial de acuerdo con los artículos 11[85] y 13[86] de la Decisión 351 de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. La protección sustentada por los derechos morales como patrimoniales sería concedida al autor del perfume desde el mismo momento en que crea la obra, sin que para ello se requiera cumplir formalidad jurídica alguna[87]. Es decir que el ejercicio y el goce del derecho subjetivo del autor sobre su obra no están condicionados al registro; sin embargo, este constituye un importante medio probatorio[88].

Por último, es relevante denotar la protección que el perfume ostentará bajo el Derecho de Autor Andino de acuerdo con el artículo 18 de la Decisión 351 de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, que tendrá una duración no menor a la vida del autor más 50

83 Decisión 351 (1993). Artículo 4. Artículo 4.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, *y que incluye, entre otras*, las siguientes: a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales; b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; c) Las composiciones musicales con letra o sin ella; d) Las obras dramáticas y dramático-musicales; e) Las obras coreográficas y las pantomimas; f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento; g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías; h) Las obras de arquitectura; i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; j) Las obras de arte aplicado; k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias; l) Los programas de ordenador; ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales (énfasis añadido).

84 Decisión 351 (1993). Artículo 1.

85 Decisión 351 (1993). Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conservar la obra inédita o divulgarla; b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

86 Decisión 351. (1993). Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

87 Centro Colombiano del Derecho de Autor. *Glosario de preguntas*. http://www.cecolda.org.co/index.php/derecho-de-autor/preguntas-frecuentes (acceso: 18/07/2016).

88 *Ibíd*.

años después de su muerte en el caso de personas naturales[89]. En cambio, cuando la titularidad de los derechos pertenezca a una persona jurídica, el plazo de protección será mínimo de 50 años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso[90].

3.3 Conclusión sobre la protección bajo el Derecho de Autor

En síntesis, aunque los perfumes no se encuentran en la lista de obras protegidas del artículo 4 de la Decisión 351 de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, pueden ser protegidos al ser esta una lista meramente ejemplificativa y no taxativa. Es concluyente la posición del presente trabajo al confirmar que el perfume, como creación, cumple los requisitos de ser una obra fruto del intelecto humano plasmada materialmente (esencia), capaz de ostentar originalidad, y de ser reproducida en diversas escalas.

Respecto del primer requisito, el perfume, al igual que otras obras como las literarias, es fruto de un proceso de creación intelectual. En este proceso intelectual, el autor refleja su personalidad en la obra, dejando una marca única en ella. Es así que el perfume es fruto de una labor intelectual independiente y lleva plasmado la esencia misma del autor. Esta obra intelectual del autor se ve materializada en la misma esencia del perfume.

En segundo lugar, el perfume se encuentra enmarcado en las denominadas obras artísticas. La perfumería en variadas ocasiones ha sido desprestigiada y reducida al nivel de técnica, sin embargo, es el mismo Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el que le da el grado de arte de crear perfumes. En consecuencia, recae sobre uno de los tres tipos de obras que protege el Derecho de Autor Andino, como lo son las artísticas, literarias y científicas.

La originalidad, como un segundo requisito fundamental de las obras protegidas por el Derecho de Autor, también es cumplida por los perfumes. Estos, al ser fruto de un proceso intelectual de su autor y llevar plasmada su personalidad, ostentan originalidad. Dada la función aromática del perfume, su margen de originalidad —o particularmente en sus olores— es estrecho, por lo cual es imprescindible que se analicen permitiendo un enfoque en las diferencias. Cabe recalcar que la originalidad de los perfumes puede ser originaria o derivada, como mencionó en el desarrollo del presente trabajo.

Por último, dentro de los requisitos, la capacidad de los perfumes de ser reproducidos en diferentes escalas es una realidad. Los perfumes son creados para ser reproducidos y satisfacer un mercado ávido de nuevas fragancias. Las esencias hoy en día son replicadas en billones de litros por día para sus ventas a escala mundial. Es así como los perfumes, al cumplir todos los requisitos elementales del régimen de Derecho de Autor, pueden ser objeto de protección bajo el mismo.

89 Decisión 351 (1993). Artículo 18.
90 *Ibíd*.

4. Conclusión

A pesar de que la protección de los perfumes está asegurada en el ámbito legal del Derecho de Autor, existen aún impedimentos legales y prácticos para su protección en el Derecho Marcario. Es necesario que la jurisprudencia y normativa mundial avance uniformemente en la dirección que los célebres casos mencionados han propuesto. Dicho adelanto tiende hacia la mayor protección de los derechos de Propiedad Intelectual en cada una de sus áreas para impedir infracciones[91]. Si bien es cierto que cada escenario y cada infracción es única y debe ser juzgada de forma independiente, las leyes deben ser codificadas para evitar que un infractor se beneficie de las lagunas normativas. Más importante aun, una vez que hay aportación creativa, la creatividad y la originalidad deben ser protegidas[92.] Sin una adecuada protección, los creadores intelectuales perderían cualquier estímulo y motivación para continuar su actividad creadora, y no podrían percibir la remuneración económica, traducida en bienestar material, que se deriva de la utilización de las obras[93]. Ante todo, es menester hacer énfasis en las palabras del jurista colombiano Alfredo Vega Jaramillo:

> Así como el obrero es digno de su salario, el creador o "trabajador" del intelecto no es menos merecedor de percibir los rendimientos o frutos de su esfuerzo creativo, el cual, por lo demás, generalmente está destinado al goce del público y constituye un aporte para elevar el nivel cultural de la sociedad y dignificar al ser humano, pues permite una mayor participación de los ciudadanos en los bienes y procesos culturales.[94]

Por último, resulta claro que la protección de los perfumes en la Comunidad Andina bajo el Derecho Invencional es imposible. Bajo el régimen del Derecho Marcario los perfumes como marcas olfativas no podrían ser protegidos ya que, aunque se encuentran contenidos como uno de los signos protegidos por el Derecho Marcario Comunitario, hallan impedimentos tanto legales como prácticos para su efectivo registro. De acuerdo con el Derecho de Autor, el perfume puede ser protegido debido a que, como creación, cumple con los requisitos de ser una obra fruto del intelecto humano, plasmada materialmente (esencia), capaz de ostentar originalidad, y de ser reproducida en diversas escalas. Por todo lo expuesto, se evidencia que es necesaria una regulación en materia de protección de los perfumes, dada la importancia que la industria representa y como un incentivo al desarrollo de nuevos productos intelectuales.

91 Sobre las infracciones de Propiedad intelectual, *vid*. Decisión 486. (2000). Título XV. De las Acciones por Infracción de Derechos. Capítulo I. De los Derechos del Titular Artículo 238.- El titular de un derecho protegido en virtud de esta Decisión podrá entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción (énfasis añadido).
92 *Ibíd*.
93 Vega Jaramillo, Alfredo. *Manual de Derecho de Autor*. *Óp. cit.,* p. 7.
94 *Ibíd*.

Independencia de la acción de perjuicios frente al incumplimiento contractual: un análisis en el sistema jurídico ecuatoriano

Mateo Wray Vinueza,
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), Estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: mateowray@gmail.com

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen
El presente artículo realiza un análisis sobre la posibilidad de demandar en forma autónoma la acción de perjuicios en el sistema contractual ecuatoriano. Este problema jurídico no tiene una salida legal clara, de modo que este estudio expone la situación del régimen jurídico y las diferentes posturas existentes sobre el tema. Para ello, el trabajo se estructura de la siguiente forma: en primer lugar, para comprender la relevancia del problema jurídico planteado, se explican los conceptos de condición resolutoria tácita, responsabilidad contractual e indemnización de perjuicios. En segundo lugar, se exponen las diferentes corrientes doctrinarias al respecto. Asimismo, se analiza la postura tradicional de la jurisprudencia ecuatoriana y la tendencia moderna adoptada por los jueces en Chile. Por último, con el objetivo de comprender la corriente internacional, se examina la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Palabras claves
Condición resolutoria tácita, responsabilidad contractual, indemnización de perjuicios, incumplimiento contractual, contrato bilateral.

Autonomy of the Action for Damages for Breach of Contract: Application in the Ecuadorian Legal System

Abstract
In the following article, an analysis of the possibility of claiming autonomously the action of damages in the Ecuadorian contractual system will be made. This legal problem does not have a clear legal outlet, therefore, this study will present the different doctrinal positions in our legal system. In order to do this, the work will be structured as follows: firstly, to understand the relevance of the legal problem raised, the concepts of resolutive condition, contractual liability and compensation for damages will be explained. Second, the different doctrinal trends on the subject will be discussed. Also, we will analyze the traditional position of Ecuadorian jurisprudence and the modern trend adopted by judges in Chile. Finally, in order to understand

the international criterion, the United Nations Convention on the International Sale of Goods will be examined. Finally, conclude and propose a solution.

Keywords
Resolutive condition, breach of contract, contractual remedies, compensation for damages, bilateral contract, contractual liability.

1. Introducción

La contratación constituye uno de los mecanismos utilizados por las personas para satisfacer sus necesidades económicas. Así, los contratos bilaterales son el vehículo jurídico empleado en el mundo para realizar transacciones comerciales. Por esta razón, los ordenamientos jurídicos contienen un régimen contractual con el cual se pretende brindar seguridad a las partes, asegurando y previniendo los posibles riesgos en una determinada relación económica. En tal sentido, en el presente estudio se analizará parte de este régimen contractual ecuatoriano, y específicamente las acciones previstas para los casos de incumplimiento de un contrato bilateral. En caso de existir un incumplimiento contractual, que produjo un daño, el acreedor tiene el derecho a ser reparado íntegramente por la frustración de los intereses económicos que perseguía con la celebración del contrato. En consecuencia, para estos supuestos el ordenamiento jurídico provee de remedios contractuales, como por ejemplo la acción de perjuicios. Una de las normas generales que regula esto es la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano. Aparentemente, esta norma limita la acción de perjuicios a un ejercicio conjunto de la resolución o cumplimiento forzoso del contrato; limitación que afectaría la reparación integral del acreedor al ser indemnizado, restringiendo así la finalidad principal de la responsabilidad contractual.

En dicho contexto, en el presente trabajo se busca realizar un análisis sobre el ejercicio independiente o no de la acción de perjuicios en el sistema jurídico ecuatoriano. Para ello, se analizan a profundidad los conceptos jurídicos necesarios para comprender el problema jurídico que nos ocupa, como son el de condición resolutoria tácita, el de responsabilidad contractual y el de indemnización de perjuicios. Posteriormente, se estudian las distintas corrientes doctrinarias existentes sobre el tema. Además, se expondrán los distintos criterios jurisprudenciales adoptados en el Ecuador, contrastándolos con los razonamientos modernos adoptados por los jueces en Chile, ya que en materia civil tanto el sistema ecuatoriano como el chileno se regulan por las mismas normas del Código de Bello. Finalmente, se expone una corriente internacional fundamental, al analizar la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

2. Condición resolutoria tácita, responsabilidad contractual e indemnización de perjuicios

Para el desarrollo de este estudio, es necesario explicar ciertos conceptos fundamentales. Uno es la condición resolutoria tácita, que constituye un elemento de la naturaleza incorporado en todo contrato bilateral. Por él, en caso de un incumplimiento[1] imputable al deudor, nace un derecho alternativo del acreedor que consiste en la posibilidad de demandar el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato con indemnización de perjuicios[2]. Así lo recoge el artículo 1505 del Código Civil al prescribir que:

> Art.1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.
> Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios[3].

En este sentido, Carlos Ducci considera que "la condición resolutoria tácita es una condición subentendida por la ley y que consiste en la resolución del contrato bilateral por el incumplimiento de la obligación por una de las partes"[4]. Además, Meza Barros la define de la siguiente manera:

> La condición resolutoria tácita consiste en no cumplirse lo pactado, de tal modo que el hecho futuro e incierto es el incumplimiento de una obligación. Es una condición negativa y simplemente potestativa. La condición se subentiende, no es menester que se pacte, y por ello se la denomina tácita[5].

Por lo tanto, la condición resolutoria tácita consiste en el principal remedio contractual otorgado al acreedor en caso de incumplirse una obligación. Cabe destacar que para desencadenar los efectos de la condición resolutoria tácita es necesario que el deudor se encuentre constituido en mora y que el acreedor haya cumplido sus obligaciones o se encuentre presto a cumplirlas[6].

Una vez comprendida la condición resolutoria tácita, es necesario exponer el concepto de responsabilidad contractual. La responsabilidad, en términos generales, es definida como "la aptitud de la persona o sujeto de derecho para asumir las consecuencias de sus actos"[7]. Se habla de responsabilidad contractual cuando la obligación incumplida proviene de un acuerdo de las partes. Además, esta responsabilidad se traduce jurídicamente en "el deber de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación preexistente"[8]. En la jurisprudencia ecuatoriana se concibe a la responsabilidad contractual de la siguiente forma:

> De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico**, una persona es responsable civilmente cuando está obligada a reparar un daño sufrido por otra.** Entre el responsable y la víctima surge un vínculo de obligación, el primero se convierte en deudor de la reparación y el segundo en acreedor. La responsabilidad civil se divide en dos ramas: responsabilidad contractual y

1 Sobre el incumplimiento contractual, *vid*. Nicolás Larrea y Mateo Wray. "Relevancia del incumplimiento contractual como habilitante de la acción resolutoria: aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano". *USFQ Law Review*, 2016.

2 Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. Tercera ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 298.

3 Código Civil. Artículo 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

4 Ducci, Carlos. *Derecho Civil*. Cuarta ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 369.

5 Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil*. *De las obligaciones,* Décima ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 78.

6 *Cfr*. Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 542.

7 Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 9.

8 *Ídem*., p.10.

> responsabilidad extracontractual. **En la esfera de la responsabilidad contractual, el daño se configura cuando una de las partes del acuerdo o negocio jurídico no cumple o cumple defectuosamente las obligaciones que hubiesen sido preestablecidas por ellas mismas. Una persona se constituye en obligado deudor de otra (acreedor) por su libre y plena voluntad. Si todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, es justo que quien lo viole sufra consecuencias si su acción u omisión causa un daño a la contraparte.** […] **Para que sea contractual una obligación deben cumplirse estos dos requisitos concurrentes: a) que entre el autor del daño y la víctima se haya celebrado un contrato válido**. El contrato no crea vínculo de derecho sino entre las partes contratantes. Cabe también que el contrato contenga estipulaciones a favor de terceros, en el caso previsto en el artículo 1492 del Código Civil; y, **b) que el daño resulte del incumplimiento del contrato o de su cumplimiento defectuoso** (énfasis añadido)[9].

Así concebida, la responsabilidad contractual cumple una doble función ante el incumplimiento. La primera función consiste en el pago por equivalencia de la prestación debida; y la segunda se refiere a la reparación de los daños causados como consecuencia del incumplimiento[10]. Esta reparación del acreedor debe ser integral porque "ante el incumplimiento del contrato, el ordenamiento jurídico debe propender a satisfacer no solo la prestación insatisfecha del acreedor, sino también lograr una reparación integra de los daños y perjuicios causados"[11].

Por último, con respecto al concepto de la indemnización de perjuicios, debe señalarse que constituye una consecuencia de la responsabilidad contractual. La indemnización de perjuicios nace por el incumplimiento total, parcial o tardío de la obligación[12]. Esto produce una frustración en los intereses del acreedor y ocasiona un daño directo a su patrimonio (daño emergente), o le priva de una legítima ganancia (lucro cesante)[13]. Al existir el incumplimiento, nace el derecho del acreedor de demandar la indemnización de perjuicios. En este sentido, Meza Barros define:

> La indemnización de perjuicios es, en suma, una estimación en dinero del interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación. Puede definírsela como una cantidad de dinero que representa el beneficio que el acreedor habría obtenido del cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación[14].

Es decir, la indemnización de perjuicios es la suma de dinero que reemplaza o compensa la prestación debida que fue incumplida por el deudor. Así, el artículo 1572 del Código Civil prescribe:

9 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial No. 411 del 1 de septiembre de 2004, p. 20. Cabe mencionar que la jurisprudencia ha establecido los requisitos de la responsabilidad contractual. Así, la Corte Nacional de Justicia ha expresado que: en el sistema del derecho ecuatoriano para que un sujeto sea responsable existen cuatro requisitos indispensables: (i) que exista un contrato válido ente las partes, (ii) que dicho contrato genere una obligación, (iii) que la parte que está obligada incumpla culposa o dolosamente la obligación, al mismo tiempo que la parte que reclama no esté en mora de sus propios obligaciones y (iv) que como consecuencia del incumplimiento se hubiere producido un daño real. María Augusta Aguirre c. Bernardo Blum Pinto, Corte Nacional de Justicia, Proceso No. 17711-2014-0158 del 7 de agosto de 2015.

10 *Cfr*. Pizarro Wilson, Carlos. "La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía". En Pizarro Wilson, Carlos, y Vidal Olivares, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 304-305.

11 *Id.*, p. 301.

12 *Cfr*. Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones,* Décima ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 233.

13 *Ibíd*.

14 *Id.*, p. 234.

"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento"[15].

De la lectura de este artículo se concluye que el derecho del acreedor a la indemnización de perjuicios nace del incumplimiento contractual. Al referirse a un incumplimiento total o imperfecto, se habla de una indemnización compensatoria, puesto que esta reemplaza al objeto debido[16]. Por otro lado, cuando el deudor solo se retardó en el cumplimiento de la obligación, la indemnización se denomina moratoria y consiste en la indemnización de los perjuicios ocasionados por la tardanza[17].

Habiendo explicado los conceptos de condición resolutoria tácita, responsabilidad contractual e indemnización de perjuicios, cabe exponer el problema jurídico objeto de este estudio. Como lo mencionamos anteriormente, al existir un incumplimiento de un contrato bilateral se pueden desplegar los efectos de la condición resolutoria tácita; es decir, el derecho alternativo del acreedor para demandar la resolución o el cumplimiento forzoso del contrato con indemnización de perjuicios. Así literalmente lo prescribe el artículo 1505 del Código Civil:

> Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.
>
> Pero, en tal caso, podrá el otro contratante **pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios** (énfasis añadido)[18].

Sin embargo, el artículo 1505 no distingue si la acción de perjuicios puede interponerse de manera autónoma; es decir, sin que se demande la resolución o el cumplimiento forzoso del contrato. Aquí es donde surge la interrogante, puesto que con la responsabilidad contractual se busca indemnizar, íntegramente, al acreedor que sufrió un daño como consecuencia del incumplimiento contractual. Al restringir la posibilidad del acreedor para demandar únicamente la indemnización de perjuicios, ¿se estaría limitando y violando su derecho a una reparación integral? Para responder esta pregunta, es necesario exponer las diferentes corrientes doctrinarias que se han pronunciado al respecto.

3. Corrientes doctrinarias

En este tema de relevancia para la responsabilidad contractual se pueden identificar dos grandes corrientes: (i) aquella que concibe a la acción de perjuicios como concurrente y complementaria al cumplimiento forzoso o resolución del contrato[19]; y (ii) aquella que defiende la autonomía y el ejercicio directo de la indemnización de perjuicios.

---

15 Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

16 *Cfr*. Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones,* Décima ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 234.

17 *Ibíd*.

18 Código Civil. Artículo 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

19 López Díaz, Patricia. "La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil Chileno". *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 15 (2010), p. 71.

3.1 Indemnización de perjuicios concurrente y complementaria

En la doctrina tradicional civil, se identifica una tendencia que considera a la acción de perjuicios dependiente del cumplimiento forzoso o de la resolución. En este sentido, René Abeliuk expresa que "no se puede solicitar indemnización de perjuicios si no se demanda o el cumplimiento o la resolución"[20]. Asimismo, Fernando Fueyo Laneri manifiesta que "la obligación de reparar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato existiría solo en la medida en que se dé lugar a la acción resolutoria"[21]. También, Hernán Troncoso sostiene "que se puede solicitar el cumplimiento o resolución más indemnización de perjuicios, pero no puede solicitarse solamente ésta última"[22].

En el mismo sentido, Ramón Meza Barros parecería inclinarse por la dependencia de la acción de perjuicios al sostener que la víctima del incumplimiento puede ejercer las acciones de cumplimiento forzado o la resolución del contrato, sin hacer mención expresa a la indemnización de perjuicios[23]. De igual forma, Jorge Baraona, al referirse a las acciones del segundo inciso del artículo 1489 del Código Civil —equivalente al artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano—, manifiesta que este permite al acreedor ejercer a su elección la resolución o la pretensión de cumplimiento, en ambos casos con una indemnización de perjuicios complementaria a la prestación[24].

De todos los autores citados, se evidencia una tendencia doctrinaria que considera a la acción de perjuicios como un complemento de la resolución o del cumplimiento forzoso. Razonamiento que se fundamenta en una interpretación gramatical del artículo 1505 del Código Civil, pues la norma prescribe que se podrá demandar la resolución o el cumplimiento del contrato "con indemnización de perjuicios".

3.2 Autonomía de la indemnización de perjuicios

La segunda corriente doctrinaria considera a la acción de perjuicios autónoma e independiente de las acciones que otorgan la condición resolutoria tácita. Esta corriente se fundamenta en la idea de reparación integral del acreedor y la tendencia internacional sobre derecho de contratación. En esta línea de pensamiento, Íñigo de la Maza y Álvaro Vidal Olivares se inclinan por la independencia de esta acción al considerar a la indemnización de perjuicios como una obligación principal. Por consiguiente, expresan:

> Entonces, ante la entidad independiente que la ley prevé en general, **no existen razones para vincularla de manera determinante con cada una de aquellas acciones de resolución y cumplimiento, como tampoco para entenderla accesoria a las mismas.** Una razón

20 Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. Quinta ed., Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 530.

21 Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. Tercera ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 314-315 y 337.

22 Troncoso Larronde, Hernán. *De las obligaciones*. Quinta ed. Santiago de Chile: Editorial LexisNexis, 2007, p. 141.

23 *Cfr*. Ramón Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones,* Décima ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 41-45.

24 *Cfr*. Baraona González, Jorge. "Responsabilidad contractual y factores de imputación de perjuicios: apuntes para relectura en clase objetiva". *Revista Chilena de Derecho* Vol. 24, No. 1 (1997), p. 158.

> fundamental surge para ello: tanto la teoría clásica, al considerar que la indemnización es la misma obligación cuyo cumplimiento se logra por medio de la justicia en naturaleza o por equivalencia, como por la teoría moderna que **indica que la indemnización es una nueva obligación, lo que permite arribar a la conclusión que se trata de una obligación principal, nunca accesoria.** En sentido contrario, **la interpretación exegética del artículo 1489 del Código Civil deriva de una lectura literal del mismo, se contrapone a la reparación integral del acreedor** (énfasis añadido)[25].

En el mismo sentido, Carlos Pizarro Wilson sostiene que no existe una exigencia legal para ejercer la acción en forma conjunta. Por tal motivo expresa:

> **No parece necesario que la acción indemnizatoria exija necesariamente ir acompañada de la correspondiente acción de resolución o cumplimiento forzado. El precepto no lo exige**, pues sólo señala que la acción indemnizatoria puede ejercerse en forma conjunta con aquella resolutoria o de cumplimiento específico. No expresa como se ha pretendido que "deba" realizarse de esa manera. **Si el acreedor manifiesta su voluntad de obtener la indemnización de perjuicios ha operado la aquiescencia tácita para terminar el contrato, debiendo el juez declararlo en la sentencia al acoger o rechazar la acción indemnizatoria** (énfasis añadido)[26].

Asimismo, de la cita anterior se desprende que Pizarro Wilson responde a una de las grandes críticas hechas a esta corriente. La crítica consiste en determinar qué sucede con el contrato si solamente se demanda la indemnización de perjuicios. Según este autor, la respuesta sería que al demandar directamente la indemnización de perjuicios, se manifiesta tácitamente la voluntad de terminar el contrato[27].

También, Pizarro Wilson considera que "la negativa de admitir la autonomía de la acción indemnizatoria frente a la resolución o pretensión específica, obstaculizan un entendimiento más eficiente y sistemático de la responsabilidad contractual"[28].

Por lo tanto, la responsabilidad contractual no estaría cumpliendo su principal objetivo, satisfacer los intereses del acreedor en caso de un incumplimiento contractual, considerando que "ante el incumplimiento del contrato, el ordenamiento jurídico debe propender a satisfacer no solo la prestación insatisfecha del acreedor, sino también lograr una reparación íntegra de los daños y perjuicios causados"[29].

De igual forma, Álvaro Vidal Olivares considera a la acción indemnizatoria como un remedio contractual independiente, pues "como la indemnización de daños tiene su propio supuesto, el acreedor por lo general tiene la opción de ejercitarlo exclusivamente o bien en forma complementaria con algún otro, como el cumplimiento específico, o la resolución por

---

25 De la Maza Gazmuri, Íñigo y Vidal Olivares, Álvaro. "Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema". *Revista Ius et Praxis*, Año 20, No. 1 (2014), p. 32.

26 Pizarro Wilson, Carlos. "La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía". En Pizarro Wilson, Carlos, y Vidal Olivares, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 311.

27 Pero ¿qué sucedería con los contratos de tracto sucesivo en los cuales el interés del acreedor es perseverar en el contrato y demandar solamente la indemnización de perjuicios como consecuencia de un incumplimiento de un determinado período de tiempo?

28 Pizarro Wilson, Carlos. "La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía". En Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 311.

29 *Id.*, p. 311.

incumplimiento”[30]. Consecuentemente, es facultad del acreedor demandar la indemnización de perjuicios independiente o conjuntamente con la resolución o cumplimiento forzoso. De igual modo, Jorge Oviedo Albán expresa que “el acreedor puede, sin buscar la ejecución forzosa de la prestación o la resolución del contrato por incumplimiento, demandar la indemnización de los perjuicios ocasionados con tal conducta”[31]. Además, considera que la acción de perjuicios se puede interponer directamente cuando se cumplen los supuestos de la indemnización por incumplimiento contractual[32].

Otros autores adscritos a esta corriente doctrinaria tratan de diferenciar la clase de obligación incumplida para determinar si existe la posibilidad de demandar independientemente la acción de perjuicios. Es decir, se analiza si las obligaciones incumplidas fueron de dar, hacer o no hacer, considerando que de acuerdo con los artículos 1569 y 1571 del Código Civil, el acreedor de una obligación de hacer o no hacer podría demandar, a su elección, directamente la indemnización de perjuicios ante un incumplimiento. En este sentido, Ospina Fernández sostiene:

> La alternativa entre estas dos acciones –dicen aquellos–, la de cumplimiento y **la indemnizatoria, se reconoce expresamente por la ley al acreedor de obligaciones de hacer y no hacer** (C.C., arts.1610 y 1612), pero no al de otras clases de obligaciones (serían las de dar), lo que lleva a pensar que la referida opción es excepcional y, por ende, de eficacia restringida. Pero este argumento, a más de empírico, está categóricamente desvirtuado por el artículo 1615 del Código Civil, que si es de alcance general y que **sienta la regla de que se debe indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer desde el momento de la contravención. De suerte que si se trata de obligación positiva (de dar o de hacer), basta que el deudor esté en mora para que el acreedor pueda optar por la indemnización, sin que sea necesario averiguar si el incumplimiento es definitivo o no y si dicho acreedor todavía podría obtener la satisfacción de su derecho por la vía de la ejecución coactiva de la obligación.** También corrobora esta solución legal el artículo 1546, que consagra regla pertinente a los contratos bilaterales, conforme a la cual en caso de incumplimiento de una de las partes, la otra que hubiere cumplido o allanándose a cumplir (art. 1609), **puede ejercer alternativamente la acción de cumplimiento o la de resolución del contrato, en ambos casos con la indemnización de perjuicios.** Lo dicho resulta también indiscutible a la luz del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, atinente al procedimiento ejecutivo de las obligaciones positivas y que autoriza al acreedor para pedir, *desde un principio*, el pago de perjuicios por incumplimiento de aquella (énfasis añadido)[33].

30 Vidal Olivares, Álvaro. “El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”. En Pizarro Wilson, Carlos, y Vidal Olivares, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 183.

31 Oviedo Albán, Jorge. “Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (a propósito de reciente jurisprudencia chilena)”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp. 191-219 (2009).

32 *Id.*, p 212. Oviedo Albán sostiene: “Adicional a lo anterior, considero posible afirmar que **la indemnización de perjuicios que da origen a la responsabilidad contractual como acción directa, requiere tan sólo como supuesto el incumplimiento de la prestación imputable al deudor y que se prueben los daños derivados del mismo, además de la relación causal entre ambos, para que el acreedor pueda perseguir en un juicio autónomo la pretensión indemnizatoria**. Ello se deriva de la lectura del artículo 1556 del Código Civil, que puede leerse identificando los siguientes supuestos normativos: no haberse cumplido la prestación; haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento, que haya causado daños, casos que generan una indemnización de perjuicios, que comprende el daño emergente y el lucro cesante” (énfasis añadido).

33 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. 6ta Edición. Bogotá: Temis, 1998, p. 89.

De acuerdo con Ospina, una vez que el deudor se ha constituido en mora, el acreedor puede demandar la indemnización de perjuicios con independencia de la clase de obligación incumplida.

Finalmente, para concluir con la exposición de esta corriente doctrinaria, es necesario referirnos al estudio realizado por Patricia Verónica López Díaz. En su trabajo, se analizan los argumentos a favor de la autonomía de la indemnización de perjuicios compensatoria, concluyendo que:

> **Tales argumentos son** la interpretación lógica y sistemática de la expresión "con indemnización de perjuicios" del artículo 1489, la existencia de casos en que **la indemnización de perjuicios es el único remedio posible, el derecho del acreedor para optar libremente entre los remedios por incumplimiento, el fundamento de la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual y la finalidad reparatoria integral que ésta persigue** (énfasis añadido)[34].

Es decir, para la autora la indemnización de perjuicios es un remedio independiente de gran importancia para el acreedor, pues "concebir la indemnización compensatoria como un remedio autónomo por incumplimiento contractual reviste trascendental importancia para el acreedor, pues le permite alcanzar la indemnización plena de los perjuicios por incumplimiento"[35].

Con los autores expuestos, se evidencia la existencia de una corriente doctrinaria inclinada hacia la autonomía de la acción de perjuicios, cuyo principal fundamento consiste en la satisfacción íntegra de los intereses del acreedor que fueron frustrados por un incumplimiento contractual.

4. Criterios jurisprudenciales

Tras haber expuesto las diferentes corrientes doctrinarias, ahora es necesario mostrar cuál ha sido el criterio jurisprudencial y práctico adoptado en el sistema jurídico ecuatoriano. Para ello, se hará referencia a tres casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia. El primero trata sobre una demanda de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento en un contrato de compraventa e instalación de un ascensor. En el caso se demanda la indemnización de perjuicios en forma autónoma; la Corte consideró que al ser este un contrato bilateral, el reclamo del pago de daños y perjuicios debía realizarse conforme la condición resolutoria tácita. Expresamente la Corte resolvió:

> Por tanto, como acertadamente se resuelve en el fallo de segunda instancia, la reparación de los daños causados por incumplimiento de contrato, esto es **el pago de daños y perjuicios, no puede demandarse en forma independiente, como se lo hace en la especie, sino conjuntamente con las acciones propias del contrato, o sea para que** éste **quede sin efecto o bien para exigir su cumplimiento** (énfasis añadido)[36].

Otro caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia consiste en la demanda de daños y perjuicios por el incumplimiento en la entrega de locales comerciales en un contrato de construcción en asociación. Los actores demandaron la indemnización de perjuicios en forma independiente. Aquí, la Corte expresó al respecto:

---

34 López Díaz, Patricia. "La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil Chileno". *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 15 (2010), p. 108.

35 *Ibídem*.

36 Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 15-2001. Registro Oficial No. 355 del 26 de junio de 2001.

> Se requiere por tanto, **para ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios, que previamente la resolución o el cumplimiento del contrato "con indemnización de perjuicios" sea declarada mediante sentencia, por tratarse de la condición resolutoria tácita** y, en consecuencia se declare al deudor en mora en conformidad con el Art. 1594 del Código Civil (énfasis añadido)[37].

En el mismo sentido, en un caso en que se demandó la indemnización de perjuicios en forma independiente por la terminación de un contrato de transporte de gas licuado de petróleo, la Corte Suprema de Justicia declaró la improcedencia de la demanda por no haberse interpuesto conjuntamente con la terminación o el cumplimiento forzoso del contrato. Por lo tanto, la Corte resolvió:

> En el caso, la actora funda su acción en las tres normas de derecho antes mencionadas, **concretando su demanda exclusivamente a reclamar "la indemnización de perjuicios en los que se comprende el daño emergente y el lucro cesante"**, los intereses por el incumplimiento del contrato y otros rubros que no hace falta detallar; **pero omite demandar o pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato,** y en cualquiera de estos casos con indemnización de perjuicios; **pues, la acción de daños y perjuicios debe deducirse conjuntamente con la resolución o con la de cumplimiento del contrato, porque al hacerlo de manera independiente, como se lo ha hecho, la demanda deviene en improcedente** (énfasis añadido)[38].

Con lo expuesto, se evidencia que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en considerar a la acción de perjuicios como un complemento de la acción resolutoria o de cumplimiento forzoso, por lo que se exige demandarla conjuntamente. Sin embargo, en casos de arbitraje nacional y en la jurisprudencia internacional existe apertura para aceptar la indemnización de perjuicios como una acción autónoma; a continuación se hará referencia a ciertos casos resueltos bajo dicho criterio.

Tal es el caso de un arbitraje nacional tramitado en la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (en adelante, AMCHAM) en el cual se demanda la terminación de un contrato de asociación para la instalación de un parque de entretenimiento[39]. En el caso, la demandada reconviene la demanda e interpone como pretensión el pago de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. El Tribunal considera que ordinariamente se debe demandar la indemnización de perjuicios con la resolución o el cumplimiento forzoso. Sin embargo, en este caso razona y expresa:

> De no hacer un pronunciamiento sobre la existencia o no de daños y perjuicios ocasionados por La Demandante, por el hecho de no haber La Demandada exigido el cumplimiento o la resolución del contrato, **dejaría a las partes en una situación de incertidumbre, puesto que, evidentemente, La Demandada tendría derecho a plantear la acción ante un Tribunal arbitral distinto para lograr que se exija bien el cumplimiento, bien que se declare terminado o resuelto el contrato.** La **acción de cumplimiento podría, este momento, ser inapropiada**, por cuanto el plazo contractual terminó y el centro de convenciones, ciertamente ya no debe estar

37 Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 254-99. Registro Oficial No. 272 del 8 de septiembre de 1999.

38 Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 181-2001. Registro Oficial No. 394 del 21 de agosto de 2001.

39 Laudo 003-03. Tribunal de Arbitraje. Quito, 3 de junio de 2004. Gaceta Arbitral No. 1 AMCHAM-USFQ. 2013, p. 28.

> disponible, lo que podría llevar a una imposibilidad de cumplimiento, pues el 1 de septiembre de 2002, se debía de todas formas, disolver la sociedad, imposibilidad que obligaría a fijar una indemnización para satisfacer la pretensión; **de exigirse la resolución en el nuevo proceso, se podría sostener que el contrato ya terminó el 1 de septiembre de 2002 y lo que ya terminó no puede declararse resuelto o terminado nuevamente** [...] (énfasis añadido)[40].

Con lo expuesto, se evidencia que el Tribunal arbitral decide aceptar la indemnización de perjuicios puesto que en un futuro proceso arbitral la acción de cumplimiento forzoso o resolución no serían efectivas y se dejaría a las partes en una situación de incertidumbre. Asimismo, el Tribunal reconoce expresamente la autonomía de la acción de perjuicios:

> Junto a ello, el Tribunal considera que **existen muchas circunstancias en las cuales, por hallarse terminado un contrato, o por ser imposible exigir su cumplimiento, puede demandarse la indemnización de perjuicios separadamente**, como ocurre por ejemplo, en los contratos públicos, bajo determinadas circunstancias, o en aquellos casos en que por estar facultada contractualmente, una de las partes da por terminado el contrato (énfasis añadido)[41].

De igual forma, el Tribunal se refiere a ciertas normas del Código de Comercio que permitirían demandar directamente la indemnización de perjuicios como consecuencia de un incumplimiento contractual. Así lo expresa:

> Otros sistemas de derecho, en cambio, mantienen como norma general, la de que el incumplimiento del contrato genera el deber de indemnizar y sólo, por excepción, el de exigir su cumplimiento. **El Código de Comercio a diferencia del Código Civil, permite elegir entre exigir el cumplimiento del contrato o la indemnización de perjuicios en los Arts. 150 y 151**. De igual modo, el Art. 408 del mismo Código **faculta ejercer la acción indemnizatoria por mal desempeño de la comisión, sin necesidad de exigir el cumplimiento o la resolución del contrato de comisión** (énfasis añadido)[42].

En la misma línea de análisis, en Chile, la Corte Suprema aceptó la indemnización de perjuicios como una acción independiente al resolver un caso sobre incumplimiento de un contrato de arrendamiento. En el caso, el arrendador demanda la indemnización de perjuicios por los daños ocasionados en el inmueble objeto del arrendamiento. El inmueble se había incendiado por culpa de la arrendataria. Por lo tanto, la Corte resolvió en casación que la demandada, al ser responsable del incendio, incumplió una obligación de hacer (mantener y restituir el inmueble en estado de servir). Se concluyó que al incumplirse una obligación de hacer, se puede demandar directamente la indemnización de perjuicios, como lo permite el artículo 1553 del Código Civil[43].

Asimismo, en otro caso, la Corte Suprema de Justicia chilena identificó una diferenciación entre la interpretación tradicional del artículo 1489 del Código Civil[44] –equivalente al artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano– y la interpretación moderna. El caso en cuestión versa

40 Laudo 003-03. Tribunal de Arbitraje. Quito, 3 de junio de 2004. Gaceta Arbitral No. 1 AMCHAM-USFQ. 2013, p. 45.
41 *Ibíd*.
42 *Ibíd*.
43 Corte Suprema, Primera Sala (Civil), 10 de septiembre de 2013, Rol 885-2013. Steffen con Fundación mi Casa. Extraído desde: http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n22/art08.pdf
44 Art. 1489. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

sobre la demanda de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un avenimiento; el recurrente alega que no procede la demanda directa de la acción de perjuicios sin antes demandar resolución o cumplimiento forzoso. La Corte sobre este punto considera:

> Tal postulado de la defensa se inserta en aquella **línea doctrinaria tradicional que estima que la indemnización de perjuicios sólo procede en el supuesto de que previamente se declare la resolución o el cumplimiento del contrato**, **lo que es refutado por la doctrina más moderna**, **que adscribe la tesis de autonomía de la acción de indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento contractual que propugna que la acción indemnizatoria es independiente de la ejecución forzada**, concluyendo que la interpretación exegética del artículo 1489 —que sostiene el recurrente— "**responde a una lectura literal del precepto que obstaculiza la reparación integral del acreedor" (**Pizarro Wilson, Carlos: "La responsabilidad contractual derecho chileno"), lo que ha tenido reconocimiento jurisprudencial, por lo que no se vislumbra la pretendida conculcación (énfasis añadido)[45].

Del análisis realizado por la Corte, se evidencia que la corriente moderna es considerar la autonomía de la indemnización de perjuicios. Sin embargo, al no existir una clara solución en el Código Civil, la reparación integral del acreedor podría estar en riesgo por la incertidumbre de que los jueces acepten o no una acción de perjuicios en forma independiente. Solución que sí existe en otras fuentes normativas como la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG), como se explica a continuación.

5. Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

La CISG es un instrumento internacional que ha sido ratificado por el Estado ecuatoriano y que constituye un componente del Derecho comercial internacional. La importancia de este tratado radica en su objetivo de armonizar, unificar y modernizar el derecho de las obligaciones en la contratación internacional[46]. Además, este tratado ha sido aplicado en contratos nacionales por incorporarse en el derecho interno de los Estados[47]. La CISG como instrumento modernizador contiene normas específicas sobre los remedios contractuales que el vendedor y el comprador pueden interponer en caso de incumplimiento contractual.

Así, el artículo 45 de la CISG prescribe con claridad las alternativas que tiene el comprador ante el incumplimiento:

> Artículo 45.-
> 1) Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:
> a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52;
> b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

45 Corte Suprema, Primera Sala (Civil), 11 de junio de 2015. 26846-2014. Rojas Bustos Anselmo con Promotora CMR Falabella S.A. Extraído desde: https://www.i-juridica.com/2015/06/12/suprema-26846-2014-autonom%C3%ADa-de-la-acción-de-indemnización-de-perjuicios-derivada-del-incumplimiento-contractual/

46 *Cfr*. Oviedo Albán, Jorge. *Estudios sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*. *Aplicaciones Jurisprudenciales*. Berlín: Editorial Académica Española, 2011. https://app.vlex.com/#WW/sources/10627 (acceso: 14/12/2016)

47 *Ibíd*.

> **2) El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.**
> 3) Cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia (énfasis añadido)[48].

De la lectura de este artículo se infiere que el comprador puede ejercitar la acción de perjuicios de forma directa o como complemento de las otras acciones a las que tiene derecho[49]. Además, como lo expresa el numeral 2, no se exige como requisito previo ejercer otras acciones o remedios contractuales para demandar la indemnización de perjuicios[50]. Por lo tanto, este artículo expresamente soluciona el problema de interpretación existente en el Código Civil, pues se puede incorporar esta solución en el sistema jurídico ecuatoriano para facultar al acreedor a demandar los perjuicios autónomamente. En este sentido, Oviedo Albán sostiene:

> Así, entonces, si se considera que definitivamente el Código Civil de Bello no consagró la acción directa de indemnización de perjuicios frente al incumplimiento contractual**, podría asumirse entonces como un vacío que puede ser suplido mediante aplicación analógica de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías** (énfasis añadido)[51].

El criterio de este autor es plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que al ser la CISG un instrumento internacional ratificado por el Estado ecuatoriano, este se incorpora en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

6. Conclusiones

Por todo lo expuesto a lo largo de este estudio, se concluye que el régimen contractual ecuatoriano está estrechamente vinculado con la corriente tradicional acerca de la autonomía de la indemnización de perjuicios. Así, la jurisprudencia ecuatoriana ha adoptado una interpretación exegética del artículo 1505 del Código Civil, impidiendo al acreedor demandar en forma directa la acción de perjuicios. Sin embargo, en un caso de arbitraje nacional y con la reciente jurisprudencia chilena se ha adoptado la doctrina moderna de la responsabilidad contractual, reconociendo el carácter autónomo de la indemnización de perjuicios. Este reconocimiento tiene la finalidad de reparar íntegramente los intereses del acreedor. Asimismo, se considera que ante el silencio del Código Civil y la renuencia de las cortes nacionales para aceptar la autonomía de la acción de perjuicios, se puede acudir a la CISG como una norma integradora del vacío legal existente.

Es importante mencionar que el fundamento para considerar a la indemnización de perjuicios como una acción autónoma radica en la búsqueda de una satisfacción íntegra de los intereses del acreedor. Lo que se busca es otorgar diferentes remedios contractuales al acreedor que sufrió un daño por el incumplimiento. Por consiguiente, limitar la indemnización de perjuicios a la

48 Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1990).
49 Oviedo Albán, Jorge. “Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (a propósito de reciente jurisprudencia chilena)”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 191-219 (2009), p. 206.
50 *Ibíd*.
51 *Id*., p. 213.

resolución o el cumplimiento del contrato implicaría una restricción a la reparación integral del acreedor. El comercio y la contratación internacional requieren de mecanismos eficientes para satisfacer los intereses económicos de los contratantes, de ahí que el ordenamiento jurídico debe proveer de remedios contractuales que permitan la satisfacción de tales intereses económicos.
Por estos motivos, sería conveniente adoptar la tesis de la autonomía de la indemnización de perjuicios. Si pretendemos que el ordenamiento jurídico regule efectivamente las relaciones económicas, es indispensable que no se limite al acreedor en el reclamo de los perjuicios. Por consiguiente, si se permite al acreedor el ejercicio autónomo de la acción de perjuicios, este tendrá una protección más amplia para diferentes escenarios fácticos, precautelando así su reparación integral.

Falta de aplicación del principio de doble conforme en la jurisdicción contencioso administrativa

René Alejandro Zambrano Yépez
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista de Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito. Quito.
Correo electrónico: rzambrano@lexterrae.com.ec

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen

El presente artículo analiza brevemente la falta de aplicación del principio de doble conforme en la legislación ecuatoriana, para lo cual se cuestiona: ¿cuáles son las consecuencias y efectos jurídicos de la falta de aplicación del mencionado principio? Para responder esta pregunta y comprender la gravedad de dicha falta, se revisan las garantías que actualmente tienen los particulares para hacer valer sus derechos frente al Estado, así como las virtudes y defectos que tiene cada vía; con lo cual se estudia lo que podría ocurrir en un escenario hipotético de plantearse un recurso de apelación en esta materia. Finalmente, se concluirá que la falta de aplicación del doble conforme es inconstitucional.

Palabras clave

Principio doble conforme, apelación, recurso, garantía, impugnación, falta de aplicación, debido proceso, derecho a la defensa, derecho administrativo, contencioso administrativo.

Abstract

This article briefly examines the lack of application of the principle of double compliance in Ecuadorian legislation, for which we questioned: What are the consequences and legal effects of non-application of this principle? To answer this question and to understand the seriousness of the lack of application of this principle, we review the guarantees that individuals have at present to assert their rights before the State, as well as the virtues and defects that each procedure has. We address what would happen in a hypothetical scenario where an appeal on this matter was raised. Finally, we will conclude that the lack of application of the double compliance is unconstitutional.

Keywords

Principle of double compliance, appeal, warranty, challenge, lack of enforcement, due process, right to defense, administrative law, administrative litigation.

1. Introducción

Uno de los principales deberes del Estado es garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales que ha ratificado el Ecuador, para lo cual el Estado no solo debe limitarse a reconocer un sinnúmero de derechos a las personas sino, por el contrario, debe establecer garantías que aseguren, protejan y permitan el efectivo ejercicio de tales derechos.

A una garantía se la debe entender como el mecanismo, instrumento o medio de defensa de los derechos que permiten la real y efectiva materialización de los mismos. Sin embargo, para cumplir este deber y fin del Estado, no es suficiente el establecimiento de garantías para exigir el cumplimiento de los derechos, también es necesario que la estructura y el funcionamiento del Estado deben estar organizados de tal forma que permitan y viabilicen el adecuado funcionamiento de la garantía, a fin de que cumpla su objetivo.

En Ecuador, la estructura del Estado no es lo suficientemente adecuada para garantizar el efectivo goce de los derechos. Si bien es cierto que se establecen garantías, estas no se adecuan a la realidad de la sociedad, y por ende no protegen ni permiten que un derecho se materialice. Esta aseveración se la realiza en virtud de que el *principio de doble conforme* no es aplicado en todas las materias en que se decide y resuelve sobre los derechos de las personas.

Lo anterior se demostrará a lo largo de este trabajo al analizar, en primer lugar, la inaplicabilidad del referido principio en la legislación ecuatoriana; posteriormente, se revisará la desigualdad que existe en las relaciones diarias y cotidianas que se dan entre los ciudadanos y el Estado. Consecuentemente, se estudiarán las vías administrativas y jurisdiccionales, como garantías de los derechos de los ciudadanos frente a las mencionadas desigualdades, y los defectos de cada una de estas. Después, se analizarán las consecuencias y efectos jurídicos que tiene la falta de aplicación de este principio, incluso con el planteamiento hipotético de los diferentes escenarios que se darían si se plantea un recurso de apelación en estas materias. Finalmente, se concluirá que la falta de aplicación del *principio de doble conforme* es inconstitucional.

2. Inaplicabilidad del principio de doble conforme en la legislación ecuatoriana

El *principio de doble conforme*, además de estar en la Constitución del Ecuador, artículo 76, numeral 7, literal m)[1], también está reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8, numeral 2, literal h), de las garantías judiciales que establece el "derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"[2].

Este principio, al estar en un tratado internacional ratificado debidamente por el Ecuador, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, pese a tener rango supra constitucional, no ha sido aplicado efectivamente ya que en la jurisdicción contenciosa administrativa y tributaria no existe la posibilidad de apelar las decisiones de estos tribunales.

---

1 Constitución de la República de Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1968). Artículo 8.

De conformidad con el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP)[3], norma que regula los procesos jurisdiccionales en Ecuador, se exceptúa de manera expresa el recurso de apelación para estas materias.

El artículo 256 del COGEP referente al recurso de apelación señala:

> El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia, así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso.
> Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia. Las sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, **salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario**. En la consulta se procederá como en la apelación (énfasis añadido)[4].

De la lectura de este artículo, se comprueba que se pueden apelar las sentencias que se dicten dentro de primera instancia, excluyendo las que se emitan por el Contencioso Administrativo y Tributario, sin que se pueda entender la distinción que se realiza con estas materias.

Tradicionalmente se ha explicado la limitación del recurso de apelación en estas materias dentro del ámbito jurisdiccional, por la posibilidad que tienen las personas de participar de la conformación de la voluntad administrativa en vía administrativa, así como de impugnarla por medio de los diversos recursos que se establecen: reposición, apelación y extraordinario de revisión[5].

Otra justificación para que no exista un recurso de apelación dentro de un proceso contencioso administrativo y tributario corresponde a las características de los actos administrativos, que gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, por medio de las cuales se busca que aquellos actos se puedan ejecutar de manera inmediata[6].

3. Relación connatural entre particulares y Estado

Antes de continuar profundizando el análisis de la lamentable falta de aplicación del principio de doble conforme en Ecuador, es importante y necesario puntualizar que el Estado es una organización social, política y jurídica, conformada por una asociación de hombres que sacrifican su libertad natural para obtener una libertad civil, por medio de la cual pueden gozar de sus derechos individuales y a su vez procurar el bien común con el fin de satisfacer las necesidades públicas[7]. En ello se sustenta la soberanía y el imperio del Estado, que son traducidos en las potestades públicas que necesita para cumplir con sus fines[8].

Tanto los ciudadanos como el Estado dependen el uno del otro. Por un lado, es claro que para que los particulares puedan desarrollarse necesitan del Estado para proteger sus

---

3 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 256. Registro Oficial No. 506 del 22 de mayo de 2015.

4 *Ibíd*.

5 Muñoz Torres, Juan Carlos. *Recursos Jurisdiccionales*. Primera ed. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas y Técnicas S.A., 2004, p. 50.

6 *Id*., p. 52.

7 *Cfr*. Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. Tercera ed. México, UNAM, 200, p. 50-64.

8 Sobre las potestades públicas, vid. Morales, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Segunda ed. Quito: Ediciones Legales, 2011, pp. 11-15.

derechos, autorizar las actividades económicas que deseen realizar, controlar las mismas, y asegurar la prestación de servicios públicos.

Por otro lado, el Estado no es autosuficiente para cumplir sus fines de manera adecuada, por lo que necesita de la intervención de los administrados para alcanzar sus objetivos. De esta forma, las relaciones jurídicas que se establecen entre el Estado y los particulares se desarrollan de manera diaria y continua, y en ellas se determinan derechos y obligaciones por cada parte, que merecen ser debidamente protegidos y tutelados.

Se debe aclarar que en estas relaciones jurídicas no existe igualdad ni equidad entre las partes, en virtud de las potestades públicas de las cuales goza el Estado. Además, en la generalidad de las relaciones jurídicas se lesionan derechos de los administrados a pesar de que uno de sus principales fines es su protección[9].

Esta desigualdad se genera en virtud del poder público del Estado, que, como lo señala Jorge Zavala Egas, es "único y es el elemento esencial del Estado, [que] tiene como cualidad ser soberano y, por tanto, […] [tiene] su fundamento en el titular de la soberanía que es el elemento del pueblo"[10].

Empero, la soberanía del Estado y su capacidad de imperio no justifica bajo ningún parámetro la limitación, el desconocimiento o la violación de los derechos constitucionales de las personas; so pretexto de que la Administración Pública pueda cumplir sus fines, que principalmente son la satisfacción directa e inmediata de las necesidades públicas y colectivas[11]. Es decir que las potestades públicas que tiene el Estado para cumplir sus fines evidencian su preeminencia y los privilegios de que goza por su imperio.

Sin embargo, es necesario resaltar que la existencia del Estado no garantiza la defensa de los derechos de las personas; ya que el hombre se encuentra protegido contra otros hombres, mas no contra el propio Estado, el cual podría oprimirlo impunemente mediante las facultades que le ha otorgado la propia sociedad civil[12].

Claros ejemplos de las arbitrariedades que el Estado puede cometer son: la negativa de permisos para actividades económicas, rechazar reclamos o impugnaciones, prestar un servicio público deficiente, dar por terminados contratos administrativos de manera unilateral, o cuando se causan daños a las personas sin que exista una relación jurídica previa (responsabilidad extracontractual del Estado).

En tal sentido, queda claro que dentro de este tipo de relación entre Estado y administrados se puede violar y desconocer los derechos de las personas, y es importante revisar las formas y vías que tienen las personas para proteger sus derechos; así como verificar si la estructura del Estado es la adecuada para este fin, ya que de nada sirve que en el ordenamiento

9 *Cfr*. Morales, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Segunda ed. Quito: Ediciones Legales, 2011, pp. 151-187.

10 Zavala Egas, Jorge. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Primera ed. Perú: Edilex S.A. 2011, p. 232.

11 *Ibíd*.

12 *Cfr*. Rousseau, Jean-Jacques. *El Origen de las Desigualdades entre los Hombre*. Bogotá. Ediciones Universales, 2008, p. 132-143.

jurídico se reconozca un sinnúmero de derechos a las personas, si estas no cuentan con las garantías necesarias y lo suficientemente efectivas para proteger y asegurar el libre y efectivo goce de sus derechos.

4. Garantías de los derechos

Las garantías se fundamentan en el derecho a la defensa, que es natural a todas las personas. Buscan principalmente que los ciudadanos puedan expresar su disconformidad y oponerse a una actuación administrativa que consideren ilegal, ya sea porque viole o desconozca sus derechos o legítimos intereses; o porque no cumple los preceptos legales[13].

La Constitución reconoce a los ciudadanos el derecho de petición, que implica que los administrados pueden dirigir solicitudes, pedidos, quejas y peticiones ante una autoridad administrativa[14]. Adicionalmente reconoce el derecho de acción, para acudir a los órganos jurisdiccionales en busca de la tutela jurídica de sus derechos, en forma imparcial, expedita y efectiva[15].

Como bien lo destaca Roberto Dromi, la protección jurídica busca hacer efectiva la responsabilidad del Estado y demás instituciones públicas "participando de la impugnación administrativa de la voluntad pública o en sede judicial a través del proceso administrativo en sentido amplio participando de la impugnación judicial de la voluntad pública"[16.]

Así, sin perjuicio del control constitucional, el cual no debe ser confundido como una vía subsidiaria, nuestro ordenamiento jurídico establece dos vías para ejercer este derecho: la vía administrativa y la judicial.

4.1. Vía administrativa

La vía administrativa se desarrolla ante la propia entidad estatal mediante los recursos administrativos.

Al respecto, el recurso es un remedio específico por el que se atacan actos y/o resoluciones que violan o desconocen derechos, así como que prescinden del procedimiento legal correspondiente, por lo que contiene un vicio que afecta su validez. Por medio de esta forma de impugnación, se busca defender los derechos subjetivos o intereses legítimos[17].

Dentro de esta vía, sin perjuicio del recurso de reposición y extraordinario de revisión, existe el recurso de apelación que presupone el *principio de doble conforme*, el cual está previsto en materia administrativa en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante, ERJAFE)[18], en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y

13 Dromi, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Astras, 1997, p. 210.
14 Constitución de la República de Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
15 *Id*. Artículo 75.
16 Dromi, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. *Óp. cit*., p. 210.
17 *Ibíd*.
18 Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 176. Registro Oficial No. 336 del 12 de marzo de 2002.

Descentralización (en adelante, COOTAD)[19] y en el Código Orgánico Administrativo[20], recientemente publicado.

En materia tributaria, en el procedimiento de ejecución, desde la vigencia del Código Tributario[21], el 23 de diciembre de 1975, se eliminó en todo el ámbito de la tributación central y seccional el recurso de alzada.

La crítica a esta vía, y en especial al recurso de apelación, es que es un pedido que se hace a la institución pública para que en uso de su facultad revoque o modifique los actos administrativos emitidos por la misma institución. En la generalidad de los casos, se le solicita que identifique los posibles vicios que se cometieron al emitir una de sus actuaciones; ello implica que debe admitir un eventual error cometido por la misma institución.

Esta aceptación es difícil de realizar por el ente público debido a las consecuencias que conlleva, ya que podría acarrearle responsabilidad administrativa, civil y penal, al funcionario que emitió el acto impugnado. Lo anterior, sin perjuicio de que, por la naturaleza de las personas, es muy complicado que reconozcan sus propios errores.

En este sentido, el recurso de alzada o de apelación en esta vía es un consumo de tiempo innecesario y un obstáculo en la resolución de los conflictos entre el Estado y administrados, toda vez que la entidad pública confirma la decisión del inferior.

De tal manera, esta vía pierde su esencia como garantía de los derechos de los particulares, ya que raramente una institución pública admite y asume su equivocación y responsabilidades pertinentes.

4.2. Vía judicial

La vía jurisdiccional se ejerce ante los órganos jurisdiccionales, donde existe una suerte de contrapeso entre los particulares y la administración pública para garantizar los derechos de los primeros y los objetivos del Estado, sustentado en el principio de juridicidad y de la tutela jurídica de los derechos de los administrados.

La forma más idónea de mantener el sistema de contrapesos es mediante la tutela jurídica, que, como bien lo señala el tratadista Gabriel Casado, debe ser entendida como "las garantías dispuestas por el ordenamiento jurídico para prevenir y reaccionar frente a los desequilibrios que puede generar el ejercicio de las potestades públicas"[22]. Esta garantía se efectiviza al equiparar a las partes, al frenar los abusos de poder y mitigar la desigualdad entre administración-administrado.

La tutela jurídica tiene como finalidad regular, normar o atenuar este desequilibrio, ya que en la etapa judicial la administración cesa su posición preeminente de poder público, para

19 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 409. Registro Oficial No. 303 del 19 de octubre de 2012.

20 Código Orgánico Administrativo. Artículos 223-231. Registro Oficial No. 31, Segundo Suplemento, del 07 de julio de 2017.

21 Código Tributario. Registro Oficial No. 38, del 14 de junio de 2005.

22 Casado Ollero, Gabriel. *Tutela Jurídica y Garantías del Contribuyente en el Procedimiento Tributario*. Primera ed. México: Universidad Autónoma de Sinaloa, 1993, p. 167.

transformarse en parte de un proceso o paridad de situación, por lo menos en lo fundamental con el particular recurrente[23].

La vía judicial se caracteriza por conseguir una igualdad entre las partes al haber un tercero imparcial que resuelve la controversia. En este sentido, la Administración pierde su posición de preeminencia y privilegio que le concede la vía administrativa, y se pone en una situación de paridad con el administrado.

Otra característica de la vía judicial es la existencia de pretensiones diferentes. Por un lado, el ciudadano busca que se declare ilegal un acto administrativo y consecuentemente se reconozca y declare sus derechos. Por otro lado, existe la pretensión de la Administración, que busca que la autoridad judicial ratifique la legalidad de su actuación.

Sin embargo, el gran defecto de esta vía es que las sentencias que dictan los Tribunales Contenciosos Administrativos y Tributarios admiten solamente el recurso de casación[24]. Lo cual conlleva la falta de aplicación del *principio de doble conforme*, ya que la casación no se puede considerar como un recurso adecuado para la impugnación de las sentencias de única instancia de estos tribunales, en virtud de que la casación es un recurso extraordinario en el cual no se revisa todo el proceso sino solo la sentencia[25].

Dicha imposibilidad de revisión del proceso no solo debilita a esta garantía, sino que es una violación expresa a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, a la Constitución y a los derechos de las personas, como se explica a continuación.

5. Consecuencias de la inaplicabilidad del principio de doble conforme

Una vez que se ha verificado que en estas materias no se aplica el *principio de doble conforme*, es importante analizar las siguientes preguntas: ¿cuáles son las consecuencias y efectos jurídicos de la falta de aplicación del *principio de doble conforme* en esta jurisdicción?; ¿qué ocurriría si dentro de un proceso se presenta un recurso de apelación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo?; y por último, ¿la falta de aplicación de este principio puede considerarse como una inconstitucionalidad?

5.1. ¿Cuáles son las consecuencias y efectos jurídicos de la falta de aplicación del *principio de doble conforme* en esta jurisdicción?

Impedir la apelación de una sentencia en la cual se decide y resuelve sobre los derechos de las personas tiene como consecuencia directa la violación a los derechos de protección, debido proceso y garantías para defender sus derechos.

El derecho al debido proceso está reconocido en nuestra Constitución dentro de los denominados derechos de protección, y es desarrollado en siete garantías básicas, entre las cuales se identifica

23 *Ibíd*.

24 Código Orgánico General de Procesos. Artículos 265 y 266. Registro Oficial No. 506 del 22 de mayo de 2015.

25 Flor Rubianes, Jaime. *Teoría General de los Recursos Procesales*. Tercera ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 60-161.

y consta el derecho a la defensa; este, a su vez, abarca trece garantías adicionales, entre las cuales consta el derecho y garantía de recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos[26].

El derecho al debido proceso reconoce y contempla las garantías que son comunes a todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones, entre los que se incluyen, obviamente, los procesos judiciales que se llevan ante el órgano judicial competente, esto es, el Tribunal Contencioso Administrativo y el Tribunal Distrital de lo Fiscal.

El respeto al debido proceso por parte de las autoridades públicas es fundamental, puesto que constituye el medio idóneo para acceder a la tutela efectiva de los derechos. Adicionalmente, implica la oportunidad que tienen los ciudadanos para ejercer el derecho a la defensa de una forma eficaz frente a la amenaza de imposición de una resolución que pueda afectar los derechos subjetivos, y de que dicha resolución pueda ser revisada por medio de los recursos.

Así, el recurso es la forma de expresar la voluntad de impugnar una resolución judicial. Osvaldo Alfredo Gozaíni indica que es la disconformidad explícita en la impugnación, persiguiendo por esta vía que aquella sentencia desfavorable se corrija, revoque o reconsidere[27].

El derecho a recurrir está fundamentado en la propia naturaleza humana de falibilidad y de imperfección de la autoridad judicial al emitir una sentencia, ya que, al ser una persona humana susceptible de cometer errores, siempre existirá la posibilidad de que la resolución por la cual se deciden y definen derechos también contenga errores. Desde esta perspectiva, la posibilidad de que las resoluciones judiciales sean revisadas por un jerárquico superior se vuelve indispensable para evitar la inadecuada administración de justicia.

Se debe recalcar la importancia de este principio, que consiste en la posibilidad de revisar la totalidad del proceso. La Corte Constitucional ecuatoriana, en referencia a un caso en el cual se planteó acción extraordinaria de protección por negativa a trámite del recurso de apelación dentro de un juicio verbal sumario por daños y perjuicios, el cual fue sustanciado por derivación de una causa penal por delito de injurias, concluyó en su sentencia que:

> El derecho a recurrir del fallo, también denominado "doble instancia" o "instancia plural", tiene por objeto garantizar que las personas que intervengan en un proceso tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por una autoridad superior de la misma naturaleza, a través de la interposición de los medios impugnatorios pertinentes formulados dentro del plazo legal. En este sentido, cabe puntualizar que la designación del medio jurídicamente previsto para el acceso al órgano de segunda instancia revisora, es un asunto constitucionalmente irrelevante, pudiendo denominarse recurso de apelación, recurso de nulidad, recurso de revisión, recurso de hecho, recurso de casación o simplemente medio impugnatorio; en este punto, lo constitucionalmente trascendente resulta ser la posibilidad de control eficaz de la resolución judicial originaria [28].

La puntualización que se realiza sobre la irrelevancia del medio impugnatorio para acceder a la doble instancia no es acertada, ya que para la Corte puede denominarse recurso de apelación,

26 Constitución de la República de Ecuador. Artículo 76, literal m. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
27 Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Teoría General del Derecho Procesal*. Primera ed. Buenos Aires: EDIAR, 1999, p. 269.
28 Corte Constitucional. Causa No.1405. Sentencia del 14 marzo de 2014.

recurso de nulidad, recurso de revisión, recurso de hecho, recurso de casación o simplemente medio impugnatorio, con lo que se estaría cumpliendo con el *principio de doble conforme*.

Al respecto, es importante diferenciar que cada uno de los recursos o medios impugnatorios mencionados tienen causas, fines y objetos distintos, por lo que no se puede pretender que, con el reconocimiento de un medio impugnatorio, cualquiera que este sea, se cumpla el *principio de doble conforme*.

Frente a las resoluciones del Contencioso Administrativo y Tributario, solo se puede interponer recurso extraordinario de casación, que, como bien se conoce, no es un recurso por el cual se pueda revisar todo el proceso, sino solo sobre puntos específicos de la sentencia y bajo causales puntuales, lo cual no constituye una doble instancia.

La doble instancia tiene sustento en preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que garantiza la posibilidad de corregir los errores que puede tener el juez en la toma de una resolución, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad[29]. Con este propósito, el citado principio se constituye en una garantía contra la arbitrariedad, y en un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los errores en que puede incurrir una autoridad pública.

Lo anterior se sustenta en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, en la cual señaló:

> El derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana significa que el acusado **tiene derecho a que se revise íntegramente el fallo en el ámbito de los hechos**, en el ámbito del derecho y, particularmente, en el ámbito de la pena. El debido proceso forma parte de este derecho. El único recurso que procede contra una sentencia condenatoria en el sistema costarricense es el recurso extraordinario de casación.
>
> El recurso de casación no es un recurso pleno ni corresponde al derecho contenido en el artículo 8 de la Convención Americana. No permite una revisión integral del fallo tanto en los hechos como en el derecho. La revisión que hace el Tribunal de Casación Penal es muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho. El recurso de casación deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba; las cuestiones fácticas; y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan. A pesar de que en Costa Rica ha habido avances para desformalizar el recurso de casación, éste sigue siendo un recurso formalista y limitado (énfasis añadido)[30].

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del Caso Barreto Leiva vs. Argentina señaló:

> La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.[31]

Sin perjuicio de lo manifestado, es oportuno mencionar que, en Colombia, según se desprende de la sentencia No. C-718/12, de la Corte Constitucional colombiana, el *principio de doble*

29 Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Teoría General del Derecho Procesal*. *Óp. cit*., pp. 270-272.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera vs. Costa Rica*. Sentencia, 2 de julio de 2004. Serie C No. 3, p. 74.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Laiva vs. Argentina*. Sentencia, 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 4, p. 19.

conforme puede ser limitado de manera excepcional, puesto que se considera que no es necesario tener en todos los procesos una instancia adicional de revisión; pero esta excepcionalidad debe ser debidamente justificada y, a su vez, deben reconocerse otras vías para poder impugnar:

> i) El principio general […] es que todos los procesos judiciales son de doble instancia y que, por consiguiente, como los procesos de única instancia son una excepción a ese principio constitucional, debe existir algún elemento que justifique esa limitación, pues otra interpretación conduciría a convertir la regla (doble instancia) en excepción (única instancia);
> ii) En tanto la posibilidad de apelar tiene vínculos estrechos con el derecho de defensa y tanto la Constitución como los tratados de derechos humanos garantizan a toda persona el derecho al debido proceso tiene como componente esencial el derecho de defensa aunque el Legislador puede establecer excepciones a la doble instancia es claro que al consagrar un proceso de única instancia, debe establecer suficientes oportunidades de controversia, que aseguren un adecuado derecho de defensa, según la naturaleza del caso […]
> iii) […] aunque el Legislador cuenta con una amplia facultad discrecional para instituir las formas con base en las cuales se ventilarán las diferentes controversias jurídicas que surjan entre las personas, […] es obvio que las excepciones a la doble instancia no pueden ser discriminatorias [32].

Es decir que se puede limitar el *principio de doble conforme* de manera excepcional cuando existen otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados; o cuando la exclusión de la doble instancia se justifique en el logro de una finalidad constitucionalmente legítima; y siempre y cuando la exclusión no dé lugar a una discriminación.

Es importante mencionar que, en la Constitución de Colombia, se permite al legislador la limitación de este principio de doble instancia, lo cual no ocurre en el Ecuador. En este sentido, como ya se indicó, el doble conforme es un derecho de rango constitucional e incluso superior, por lo que dicha limitación no es posible, sin perjuicio de que esta limitación se sustente lógicamente y racionalmente en unos fines del Estado, lo cual no ocurre en nuestro país.

Con la antigua Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y actualmente con el COGEP, no se explican las razones lógicas o los fines que se buscan al no incluir la doble instancia dentro de esta jurisdicción.

5.2. ¿Qué ocurriría si dentro de un proceso se presenta un recurso de apelación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo?

En el caso hipotético de presentar un recurso de apelación frente a una sentencia dictada por un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o Fiscal, el recurso de apelación sería rechazado debido a que la ley no contempla esta posibilidad.

Al respecto, nos referimos a la sentencia ya mencionada de la Corte Constitucional, que señala:

> […] el recurso de apelación, como todo medio impugnatorio, para que pueda ser admitido, tramitado y resuelto debe cumplir con ciertos requisitos:
> 1. Que la resolución sea recurrible;
> 2. Que a criterio de las partes procesales o una de ellas, la resolución les haya causado un grave perjuicio; y,

32 Corte Constitucional Colombiana. *Caso No. C-718/12*. Sentencia D-6214, 15 de noviembre de 2006.

> 3. Que la resolución no sea firme o no tenga el efecto de cosa juzgada.
> Concretamente en el caso que se analiza, el recurso de apelación que se pretende no cumple con el primer requisito, en razón de tratarse de un juicio verbal sumario por daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, cuya resolución no es susceptible de ser recurrida, conforme consta en el artículo 845 del Código de Procedimiento Civil. Vale agregar en este punto que el proceso objeto de examen corresponde al denominado juicio verbal sumario, de cuya naturaleza se desprende un procedimiento sin excesivo formalismo que deriva en una decisión judicial rápida [33].

Lo anterior implica que, para que pueda ser tramitado un recurso de apelación, es necesario que la ley lo prevea.

No obstante, si se considera que el recurrir los fallos o resoluciones es un derecho humano consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en nuestra Constitución vigente, por efecto del principio de aplicación directa de los derechos reconocido en la Constitución, artículo 11, número 3, se debería aceptar a trámite.

Al respecto, Ismael Quintana indica: "este principio determina que los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial"[34].

De igual forma, la Corte Constitucional ecuatoriana ha manifestado mediante Sentencia No. 001-SIN-CC, sobre la aplicación directa de los derechos, lo siguiente:

> El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, que tiene como su deber primordial garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales, por tanto, su más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos fundamentales que son de aplicación directa e inmediata, sin que debe exigirse para su ejercicio condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o falta de norma para justificar su violación [35].

De esta manera, la hipótesis planteada y por efecto de este principio de aplicación directa de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales, la interposición de un recurso de apelación ante una resolución del Contencioso Administrativo debería ser aceptado a trámite.

No obstante la aplicación de este principio por el cual debería aceptarse a trámite un recurso de apelación presentado ante los referidos tribunales, el mismo no prosperaría debido a que la estructura del Estado no se encuentra lo suficientemente adecuada para garantizar el efectivo goce del derecho a recurrir de un fallo en estas materias.

Respetando el principio de unidad jurisdiccional, no existe un órgano dentro de la Función Judicial que pueda conocer y resolver sobre la apelación planteada, así como tampoco existe el procedimiento establecido para que sea tramitado.

Es decir, y como se lo señaló al inicio, si bien es cierto se establecen garantías, estas no se adecuan a la realidad de la sociedad, y por ende no protegen ni permiten que un derecho se materialice. Para que esta garantía y derecho de *doble conforme* sea plenamente aplicado, es necesaria una

---

33 Corte Constitucional. 1405-10EP. Sentencia No. 251-15-SEP-CC, 14 de marzo de 2014.
34 Quintana, Ismael. *Acción de Protección*. Primera ed. Quito: Corporación de Ediciones y Publicaciones, 2016, p. 4.
35 Corte Constitucional. *Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN acumulados*. Sentencia No. 001-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.

reforma estructural de la Función Judicial por medio de la cual se cree un órgano jurisdiccional distinto de los Tribunales Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, para que puedan conocer y resolver el recurso de apelación.

Siguiendo la misma estructura de la administración de justicia en otras materias, lo lógico sería que se cree un órgano jurisdiccional inferior a los Tribunales Distritales, compuesto de un juez para que pueda conocer en primera instancia lo que actualmente es competencia de estos tribunales, y que estos actúen como cortes de apelación; sin mencionar que se debe realizar la reforma legal para establecer el conducto legal para tramitar la apelación.

Todo lo mencionado significa una gran reforma al COGEP, así como al Código Orgánico de la Función Judicial, para que la estructura y el funcionamiento del Estado estén organizados de tal forma que permitan y viabilicen el adecuado funcionamiento de la garantía de *doble conforme* a fin de que cumpla su objetivo.

5.3. ¿La falta de aplicación de este principio puede considerarse como una inconstitucionalidad?

La falta de aplicación del *principio de doble conforme* no solo representa una violación al derecho a recurrir fallos que afecten derechos, sino también implica una violación a la garantía normativa reconocida en el artículo 84 de la Constitución.

El COGEP no se adecua materialmente y no es conforme a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, que comportan el bloque de constitucionalidad.

Las normas no solo deben ser expedidas por la autoridad competente (quién) y por los procedimientos constitucionales y legales (cómo), sino también deben ser respetuosas de los derechos (qué). La validez formal tiene que ver con las normas de reconocimiento (quién y cómo), y la validez material con la correspondencia y coherencia de las normas secundarias con los derechos constitucionales (qué)[36].

El fundamento jurídico de las garantías se sustenta en el deber de adecuación que exigen los convenios internacionales sobre derechos humanos a todos los órganos que tienen capacidad legislativa de manera interna dentro de un Estado. En tal sentido, la falta de adecuación del COGEP acarrea su inconstitucionalidad por omisión, de conformidad con el artículo 128 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

6. Conclusiones

El error puede provenir de una mala formación o versación jurídica, o ser la consecuencia de la mera liviandad en el análisis y ponderación de los hechos, pruebas y aplicación de las normas jurídicas correctas. En definitiva, el error proviene de una falla humana producida sin intención de causar algún perjuicio. No obstante, también existe la posibilidad de que exista esa verdadera

36 Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías Ensayos críticos*. Primera ed. Quito, Centro de Estudios y Difusión Constitucional, 2012, p. 181.

intención de perjudicar a las personas, de modo que en cualquiera de estos casos es necesaria una revisión íntegra del proceso para evitar que se cometan errores, lo cual no se subsana con el recurso extraordinario de casación.

En este sentido, es necesaria la inclusión del *principio de doble conforme*, no solo por ser este un derecho connatural para las personas, sino también porque es una obligación asumida por el Estado ecuatoriano de garantizar de manera adecuada la protección de los derechos de los ciudadanos; para ello, sin perjuicio de reconocer ciertas excepciones como en el caso colombiano a este principio, es necesario identificar casos como, por ejemplo, los de contratación pública, en los cuales se da por terminado de manera unilateral el contrato o la reclamación de daños y perjuicios al Estado. En tales casos, si se los compara en la vía civil ordinaria, tienen una doble instancia por ser procesos esencialmente de conocimientos o cognoscitivos, y no existe un sustento lógico y racional para limitar la doble instancia en este tipo de procesos.

La falta de aplicación de este principio es evidentemente inconstitucional, sobre lo cual la Corte Constitucional debería actuar de oficio para corregir esta falta normativa, ya que existe la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano.

La importancia de incluir el *principio de doble conforme* se resume en los objetivos que este tiene: a) enmendar aquellos errores que se cometieron al momento de resolver sobre una situación jurídica en específico, identificando los errores al evaluar los hechos fácticos y de hacer el razonamiento lógico para la aplicación de una norma, cuya consecuencia es una resolución o sentencia alejada de la realidad y, consecuentemente, una decisión administrativa que perjudica a los derechos de las personas, causando graves daños a sus titulares; y b) verificar y ratificar que la valoración de los hechos fácticos y el razonamiento lógico de aplicación de la norma sean los correctos. En ambos casos, siempre velando por la efectiva materialización de los derechos de las personas en plena concordancia con el cumplimiento de los objetivos y fines del Estado.


USFQ